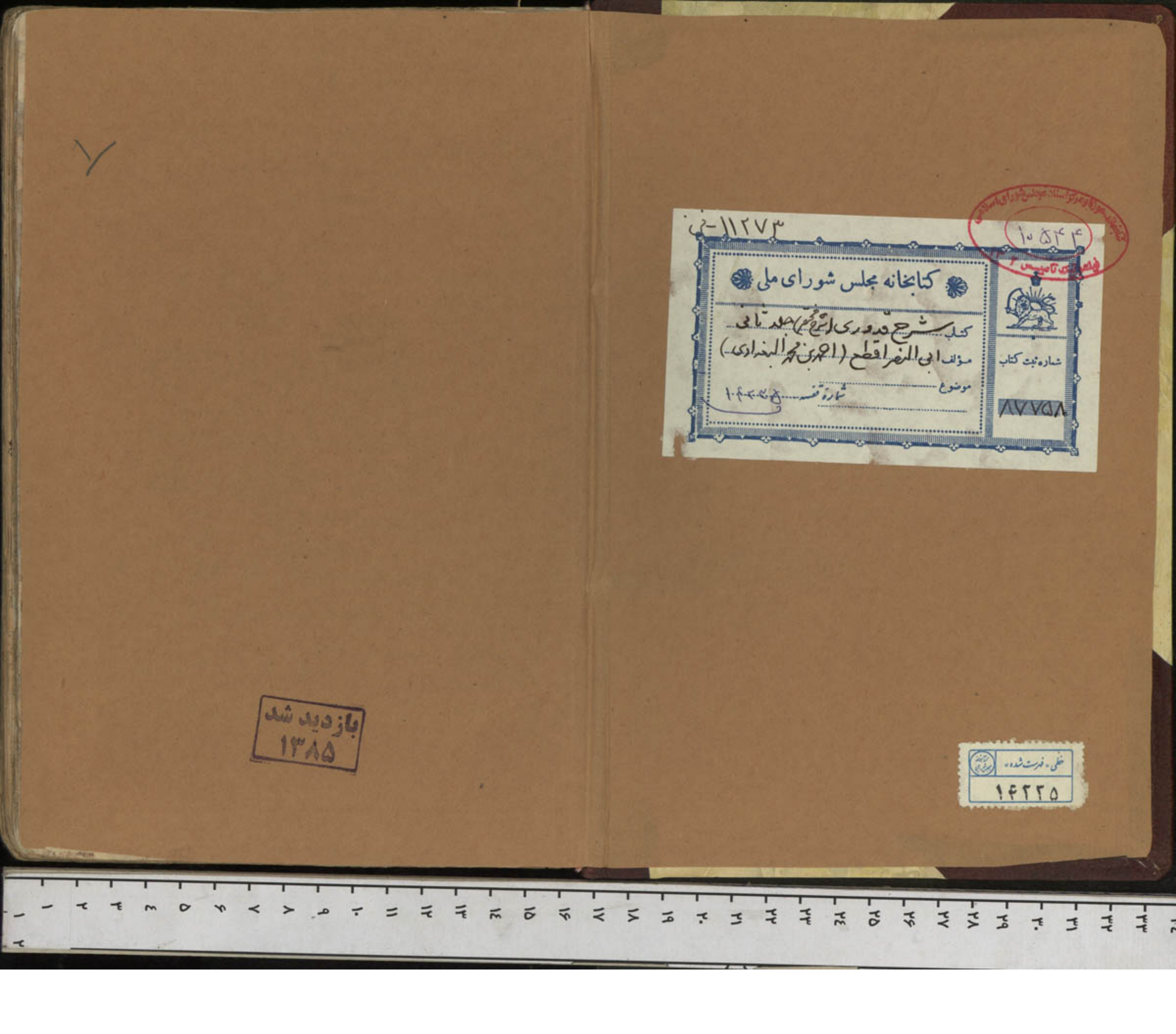
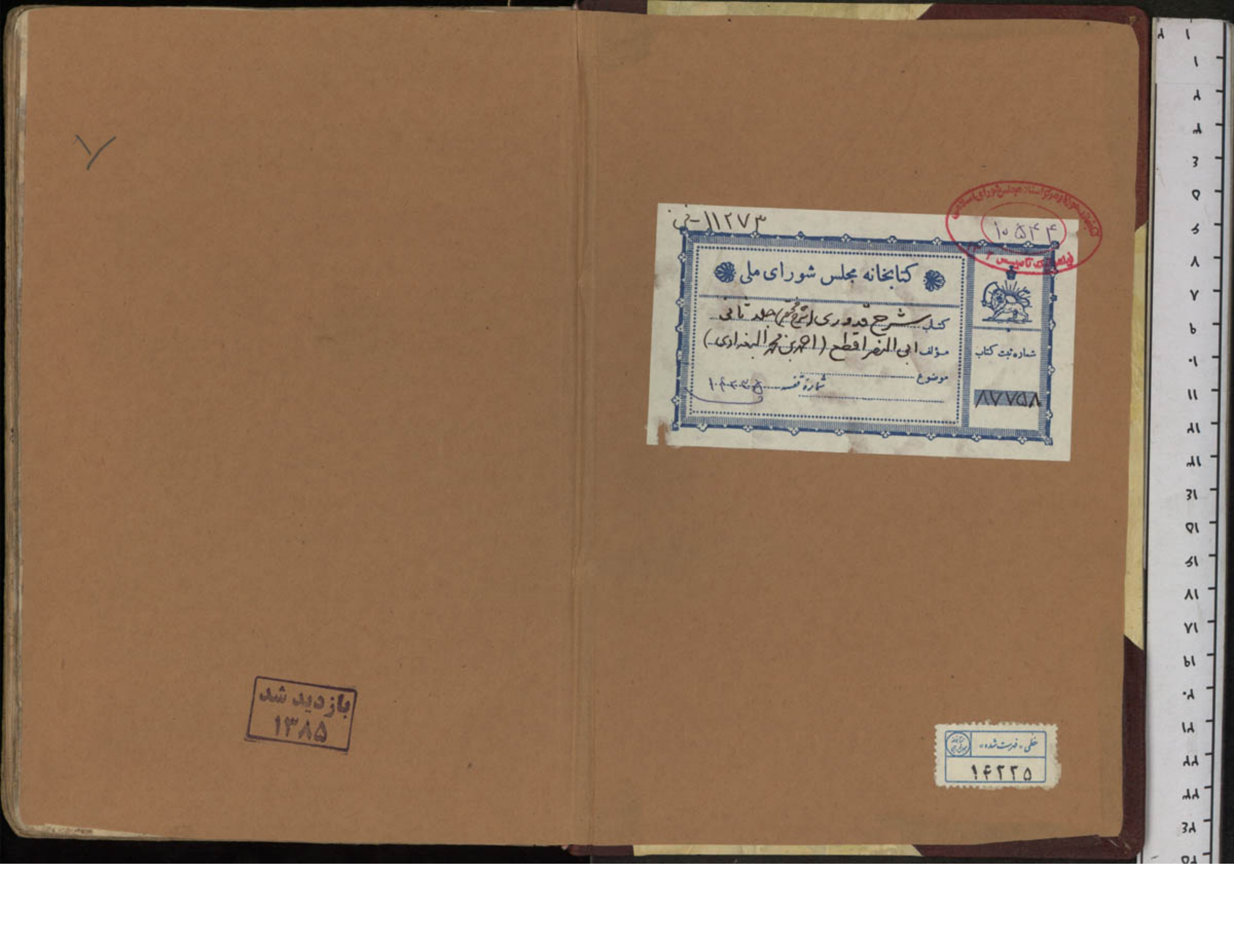
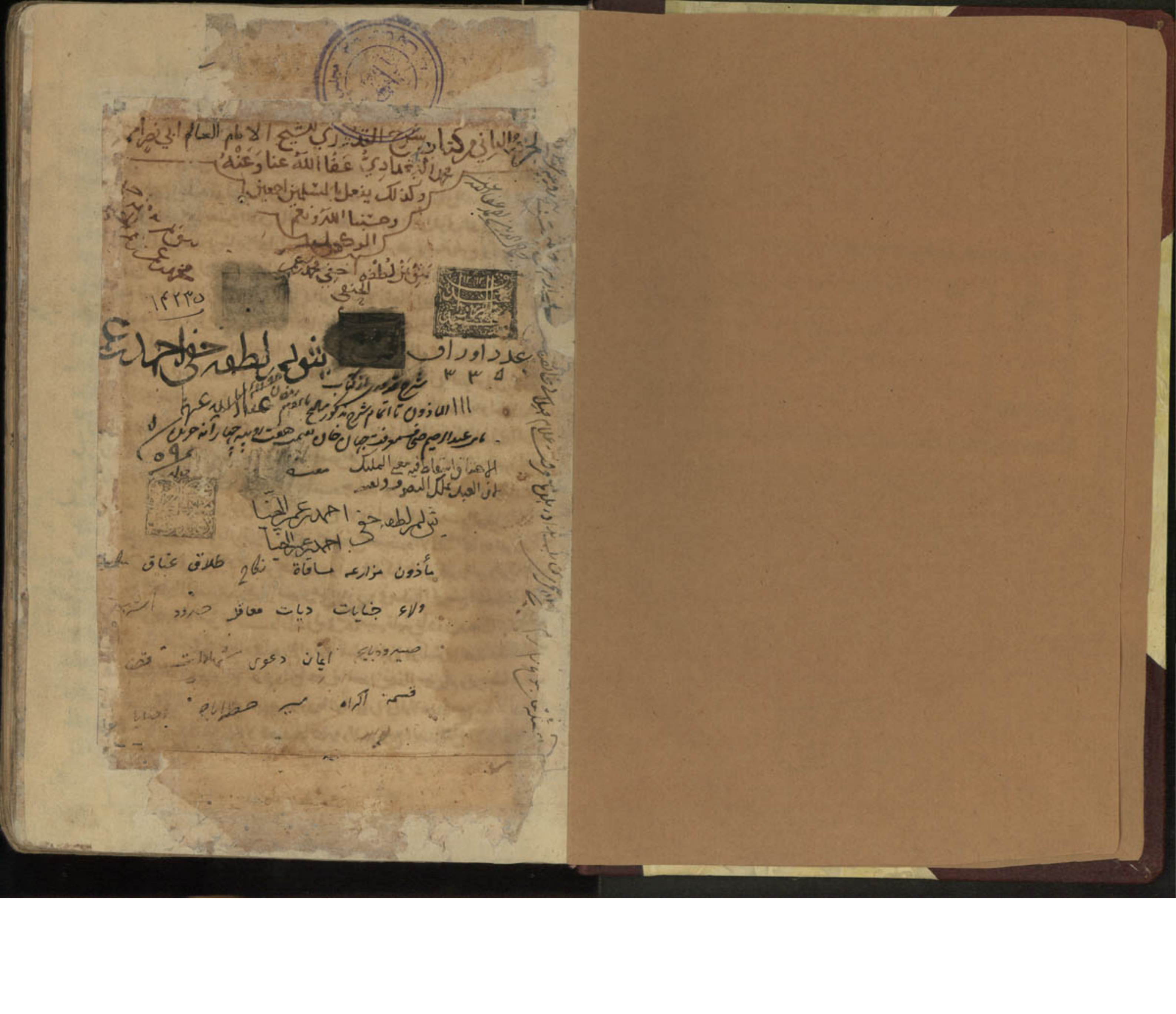



۱۱۲۷۳
کتابخانه مجلس شورای ملی
کتاب شرح قدوری (شرح مختصر) جلد ثانی
مؤلف ابی النصر اقطع (احمد بن محمد البغدادی)
موضوع
شماره ثبت کتاب
۸۷۷۵۸
۱۰۵۴۴
بازدید شد
۱۳۸۵
خطی «فهرست شد»
۱۴۲۲۵



کتابخانه مجلس شورای ملی
کتاب شرح قدوری
مؤلف
موضوع
شماره ثبت کتاب
۸۷۷۵۸
بازدید شد
۱۳۸۵
۱۴۳۳۵



الجزء الثاني من كتاب شرح القدوري للشيخ الامام العالم
عفا الله عنا وعنه
وكذلك يفعل بالمسلمين اجمعين
وحسبنا الله ونعم الوكيل
١٤٢٣٥
عدد اوراق
٣٣٥
مأذون مزارعه مساقاة نكاح طلاق عتاق
ولاء جنايات ديات معاقل حدود
صيد وذبائح ايمان دعوى شهادات
قسمة اكراه سير

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله

كتاب المأذون

الاصل في جواز الاذن في التجارة
العبيد ما روي ان النبي عليه السلام كان يركب الحمار ويجيب دعوة المملوك ومعلوم انه لا يجيب
دعوة المحجور عليه فدل انه كان يجيب المأذون وروي انه كان للعباس رضي الله عنه عشرون
عبدا كل واحد يتجر بعشرة الاف قال رحمه الله اذا اذن المولى لعبده في التجارة
اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات يشتري ويبيع ويرهن ويسترهن وذلك لان
الاذن العام يتناول جميع التجارات فجاز تصرفه فيها بمقتضى الاذن واما قوله يشتري
ويبيع فهو اصل التجارة فيتناوله الاذن والرهن والارتهان ايضا من جملة التجارة وهو
من عادة التجار وكل ما كان من عادة التجار فالاذن يتضمنه وعلى هذا ايضا يجوز ان
يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة لانه من عادة التجار قال وان اذن له في نوع
منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز
الا في ذلك النوع وهو قول زفر رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله وجه قولهم ان الاذن هو اطلاق وحجر
شرع لك في العبد لقول صحيح وانه منع من التصرف لاجل الحجر بالرق فاذا اذن له المولى
زال الحجر وصار كأنه اعتقه ولو اعتقه لم يتخصص تصرفه كذلك اذا اذن له ولانه يتصرف لنفسه
بدليل انه لا يرجع بالدين على مولاه فصار كالمكاتب وجه قول زفر رحمه الله انه تصرف مستفاد بالاذن
من جهة الادمي فوجب ان يكون مقصورا على موضع الاذن اصله المضارب والوكيل والجواب
ان المضاربة لا تجوز الا في مال رب المال فجاز ان يتخصص بتخصيصه والاذن في التجارة يجوز ان
يختص بمال المولى فلذلك لم يتخصص بتخصيصه واما الوكيل فليس بمحجور عليه وتصرفه جائز
وانما منع لاجل مال الغير فوقف جواز التصرف على الاذن وفي مسئلتنا الحجر منع التصرف فاذا زال
لم يتخصص تصرفه كالعتق قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون وهذا الذي ذكره
مثل ان يرسله ليشتري له ثوبا او لحما بدرهم او ثوبا لكسوة المولى او لكسوة العبد او طعاما لرزق
اهله وذلك لانه لم يفوض اليه الرأي وانما عين له التصرف فهذا استخدام ولو جعلنا ذلك
اذنا لتعذر على المولى استخدام عبده وقد قالوا اذا رأى المولى عبده يبيع متاعا له او لغيره
فلم ينهه كان ذلك اذنا من المولى للعبد في التجارة ولا يجوز بيع العبد المتاع الا باذن مالكه
وهو استحسان والقياس انه لا يكون اذنا وبه قال الشافعي رحمه الله وجه الاستحسان ان العبد

يتصرف لنفسه وللمولى حق في المنع فاذا سكت كان ذلك اسقاطا لحقه ولانا لو لم نجعله اذنا كان
غررا بالناس لانهم اذا عاينوا المولى لا ينكر عليه ما يصنع فيؤدي ذلك الى اسقاط حقوقهم فجعل اذنا
لهذا المعنى ولان كل من يتصرف لنفسه يجوز تصرفه من غير اذن كالمكاتب وجه القياس ان
الساكت قد يكون راضيا وقد يكون ساخطا ولان كل تصرف يفتقر الى الاذن فان السكوت لا يقوم
مقام الاذن اصله الاجنبي اذا باع مال غيره وهو ساكت فلا يلزمه الجواب انا لا نسلم ان تصرف
العبد يفتقر الى الاذن وانما يفتقر الى امساكه عن النهي مع علمه بتصرفه فان وجد الاذن فقد حصلت
زيادة فاما الاجنبي فانه لا يملك ان يدخل الشيء في ملك من تصرف عليه بغير رضاه فلم ينفذ تصرفه
في حقه بسكوته والعبد يملك ان يدخل الاكتساب في ملك مولاه بغير رضاه فجاز ان ينفذ تصرفه في
حقه بسكوته والعبد يملك ان يدخل الاكتساب في ملك مولاه بغير رضاه فجاز ان ينفذ تصرفه في حقه
بسكوته فاما قوله ولا يجوز بيع العبد الا باذن المالك للمتاع فلان المولى يتضمن امرين احدهما
الاذن في التجارة والاخر التوكيل بالبيع والاذن يثبت بالسكوت والوكالة لا تثبت بالسكوت
فصار مأذونا ولم يجز البيع فان قيل اذا لم ينتقل الملك بهذا العقد فكيف يثبت به الاذن
قيل له المبيع بشرط الخيار يثبت الاذن بسكوت المولى وان لم ينتقل الملك وكذلك لو رآه يبيع بيعا
فاسدا فسكت كان اذنا وان لم ينتقل الملك وقد قالوا ايضا لو قال لعبده اد الغلة الي في
كل شهر خمسة دراهم او اذا اديت الي الفا فانت حر انه اذن له في التجارة وذلك لانه لا يتوصل الى
الغلة او الى اداء المال الا بالتصرف فصار الامر بذلك اذنا فيما لا يتم الا به قال واقرار المأذون
بالديون والغصوب جائز وذلك لان الاقرار بالدين من جملة التجارة الا ترى انه يلزمه بالشراء
والاجارة وهو مأذون فيه الى التجارة فاما الغصب فهو ضمان مال يتعلق بالقبض فصح اقراره
به كالمقبوض على وجه بيع فاسد قال وليس له ان يتزوج ولا يزوج مماليكه ولا يكاتب ولا
يعتق على مال وذلك لان التزويج ليس من التجارة والاذن يتناول ما هو من التجارة فما سواه على
اصل الحجر وقد قال ابو يوسف رحمه الله له ان يزوج امته لانه تحصيل المنفعة التي ليست بمال فما لا
تجارة كالمواجرة فاما العتق على مال فانه لا يجوز لان العتق موضوع للتبرع فلا يدخل تحت
الاذن قال ولا يهب بعوض ولا بغير عوض الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من
يطعمه يعامله وذلك لان الهبة صريح التبرع وهو لا يملك ما في يده فلا يملك التبرع به وهذا
هو القياس في القليل ايضا وانما استحسنوا في القليل من الطعام الذي يفعله مثله التجار

لانه من عادته ان يطعموا او يضيفوا ترغيبا للعاملين والاذن يقع على ما تعتاده التجار
واما الكثير فلا يوجد فيه هذا المعنى فلم يجز له فعله وقد روي ان سلمان رض اهدي الى النبي
عم وهو مملوك فاكل واكل اصحابه معه وعن عمر رض انه سئل عن العبد يتصدق بشي
بالرغيف ونحوه وقد قال الشافعي رح ليس للماذون ان يتخذ الوليمة ولا يهب الطعام و
يجوز من ذلك ما جرت به عادة التجار والدليل على جوازه ما روي ان سلمان الفارسي كان
مكاتبا حمل الى النبي عم رطبا وقال هذا صدقة فقال لاصحابه كلوا وحمل اليه رطبا وقال
هدية فاكل واكلوا فدل على جواز قبول الهدية من العبد الماذون ولان من ملك التصرف
في اكتسابه ملك التبرع فيها كالحر فان قيل انه تبرع بمال مولاه فلم يجز بغير اذنه كالوهب
الكثير قيل له الكثير لم تجر عادة التجار به ولما الطعام اليسير فقد جرت عادتهم به طلبا
لاصلاح التجارة واختلاف الناس فجاز ان يملك ذلك اذا ملك التجارة قال وديونه
متعلقة برقبته يباع للغرما الا ان يفديه المولا وقال الشافعي رح ديونه متعلقة بذمته ويستوفى
بها ما في يده من المال ولا توخذ اكسابه فيها ولا تباع رقبته دليلنا انه دين لا حبني لزم العبد
بسبب ثابت في حق مولاه فجاز ان يتعلق برقبته ويباع فيه اصله ضمان المتلفات ولان تصرف
العبد موقوف على اذن المولا فاما ان يكون وقف على اذنه ليثبت الدين في ذمته او في رقبته
فلا يجوز ان يكون ذلك ليثبت ذمته لان العبد المحجور عليه لو تصرف بغير اذن مولاه تعلق الدين
بذمته فلم يبق الا ان يكون التصرف وقف على اذنه ليثبت الدين في رقبته فان قيل ما يلزم
العبد من الحقوق على ضربين احدهما يتعلق بذمته كالاثمان والاخر يتعلق برقبته كالاروش
ثم ما كان محله الرقبة لا يتحول عن محله بالاذن كذلك ما كان محله الذمة وجب ان لا يتحول عن
محله بالاذن قيل له اذن المولا غير موثر في الجناية لانه لا يملك الاذن فيها فصار وجود
الاذن فيها وعدمه سوآ واما اذنه في المبايعات فانه يوثر لانه لا يملك الاذن فيها
فلذلك جاز ان يتحول محل الدين بالاذن يبين ذلك ان العبد يملك اثبات الديون في ذمة
نفسه بغير اذن المولا لا يحتاج اليه في ذلك لما كان يملكه قبل الاذن فلم يبق الا ان يحتاج
الى الاذن لتعلق الدين بالرقبة التي يملكها واذا ثبت ان الدين يتعلق برقبته بيعت فيه
كالرهن فان فداه المولا بالدين لم يجز لهم بيعه بعد ذلك لان حق الغرما هو الدين
فاذا استوفوه لم يبق لهم حق في المطالبة بالبيع قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص [illegible]

فان فضل من ديونه شي طولب به بعد الحرية وذلك لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصون
في بدلها كما يتحاص غرماء الميت في تركته وما فضل لهم من الدين يوخذ به بعد الحرية وذلك
لان حقهم كان في الرقبة وقد استوفوه مرة فسقط حقهم عنها وصار كعبد محجور عليه يكون
الدين في ذمته ويوخذ به اذا عتق قال وان حجر عليه لم يصر محجورا عليه حتى يظهر الحجر عليه
بين اهل سوقه وذلك لان العبد على ملكه فكان له ان يحجر عليه الا انه لو صح الحجر من غير ان يظهر
ذلك بين اهل سوقه لكان فيه تغريرا بالناس فوقف على علمهم كما يقف عزل الوكيل على علمه
قال فان مات المولا او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا وذلك لان العبد
يتصرف بالاذن وكل واحد من الاذن والجنون يخرج المولا من ان يكون له اذن يمنع صحة
تصرفه فكذلك من يتصرف من جهته باذنه واما المرتد اذا لحق بدار الحرب فهو بمنزلة الميت
بدليل انه يقسم ماله بين ورثته وموت المولا يبطل الاذن فكذلك لحاقه بدار الحرب قال
وان ابق العبد صار محجورا وقال الشافعي رح اذنه بحاله دليلنا ان العبد قد صار في يد نفسه
بدليل انه لو كان الاذن باقيا في الموضع الذي صار اليه لم يكن ابقا فاذا صار في يد نفسه لم
ينفذ تصرفه بامر المولا الدليل عليه المكاتب فان قيل الاباق لا يمنع ابتدا الاذن فلا يمنع
استدامته اصله اذا غصبه غاصب قيل له الوصف غير مسلم لانه لا يجوز ان يبتدي الاذن
للابق والمعنى فيه اذا غصب ان تصرف المولا يجوز فيه بالاجازة من الغاصب يجاز تصرفه باذن
المولى والابق لا يجوز تصرف المولا فيه بالمعاوضات فلم يجز تصرفه باذن المولى قال واذا
حجر عليه المولى فاقراره جايز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يصح
اقراره وجه قول ابي حنيفة رح ان جواز اقراره موقوف على بقا يده على المال بدليل ان المولا
لو اخذ ما في يده كان الاذن باقيا ولا يصح اقراره فيه لزوال يده عنه واليد بعد الحجر باقية فصح
اقراره قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولا ما في يده وان اعتق عبيده
لم يعتقوا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يملك ما في يده وجه قول ابي حنيفة رح ان
الاكتساب ينتقل الى العبد ثم ينتقل الى المولى من جهته من طريق الحكم كما ينتقل المال من جهة الميت
الى وارثه فاذا كان دين الميت المستغرق لماله يمنع من انتقال المال الى الوارث كذلك العبد
وجه قولهما ان حق المولا في كسب العبد كحقه في رقبته والدين لا يغير حق المولى
في رقبة العبد كذلك في اكسابه واذا ثبت هذا الاصل قال ابو حنيفة رح اذا اعتق المولا

ما اشتراه العبد من الرقيق والدين مستغرق لم ينفذ عتقه لانه لا يملكهم وعندهما ينفذ
عتقه لانه لا يملكهم ملك الكسب قال واذا باع من المولى شيا بمثل قيمته جاز وان
باعه بنقصان لم يجز والاصل في هذا ان المولى لا يثبت له على عبده دين الا ترى
ان العبد وما في يده ملكا للمولى فما يستوفيه يستوفيه من مال المولى نفسه وهذا ليس بدين
في الحقيقة ولذلك لا يثبت للعبد على المولى دين لان ما ياخذه العبد من المولى لا يخرج عن
ملك المولى هذا اذا لم يكن على العبد دين فان كان على العبد دين فانه يثبت له في هذه
الحال الدين على مولاه الا ترى ان المولى في هذه الحال بمنزلة الاجنبي في المال الذي في يد العبد
فلا يجوز تصرفه فيه وان اخذ منه شيا لزمه رده عليه واذا كان بمنزلة الاجنبي جاز ان ياخذ
ويجوز بيعه مع الاجنبي بالغبن اليسير والفاحش عنده وعندهما يجوز بالغبن اليسير دون الفاحش
منه بدل كما يجوز للاجنبي الا انه متهم في حقه فاعتبرنا ان يكون البدل مثل القيمة او اكثر قال
فان باعه المولى شيا او اقل جاز البيع وذلك لان التهمة مرتفعة والحال هذه فجاز البيع قال
فان سلمه اليه قبل القبض للثمن بطل الثمن وذلك لان حقه من العين قد سقط بتسليمها وهو لا
يثبت له دين على عبده فيبطل الثمن قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز وذلك
لان ما يدفعه العبد الى مولاه على وجه البدل جايز وحبس المبيع حقا للبايع حتى يستوفي الثمن
فكان له ههنا الحبس ايضا قال فان اعتق المولى العبد الماذون وعليه دين فعتقه جايز وذلك
لانه ملكه والمولى صحيح التصرف انما تعلق بالعبد حق الغير وذلك لا يمنع العتق اصله عبد الرهن
قال والمولى ضامن لقيمته للغرما وذلك لانه اتلف ما تعلق به حق الغرما الا ترى انه كان لهم بيعه
واستيفا الدين من ثمنه وقد فوت عليهم ذلك فلزمه الضمان كالراهن اذا اعتق عبد الرهن
قال وما بقي من الديون يطالب به المعتق وذلك لان الدين ثابت في ذمة العبد وانما لزم المولى منه
مقدار ما اتلف من الرقبة فما زاد على ذلك فهو في الذمة على ما كان عليه قال واذا ولدت
الماذونة من مولاها فذلك حجر عليها وذلك لانها صارت على صفة لا يتعلق الدين برقبتها ولا
يمكن استيفاؤه منها فبطل الاذن كما لو اعتقها او ماتت قال واذا اذن ولي الصبي للصبي
في التجارة فهو في الشرى والبيع كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع لان تصرفه من جهة الاذن
فتساويا في احكام البيع والتصرف وقد قالوا اذا كان على العبد دين لم يجز للمولى بيع العبد
الا باذن الغرما او بقضا الدين او يكون القاضي هو الذي امره ببيعه للغرما وذلك لان في
بيع المولى اسقاط حق الغرما الذي يتعلق برقبته الا ترى ان لهم ان يختاروا تركه حتى يستوفوا

الدين من اكسابه وليس له اسقاط حقوقهم الا باذنهم فان باع بغير اذنهم وقف البيع
ولو اذن بعض الغرما في بيعه لم يجز لان الامتناع من البيع حق لجماعتهم فاذا اذن بعضهم
فقد رضي باسقاط حقه فبقي حق الباقين بحاله ولو رفع بعض الغرما الى القاضي ومن بقي
منهم غايب فباعه القاضي للحاضر جاز بيعه لان البيع حق لجماعتهم فغيبة بعضهم لا تسقط
حق الباقين الحاضرين ولان القاضي له ولاية على الحاضر الغايب فيما يؤدي الى حفظ ماله وفي
نقل الدين من الرقبة الى الثمن حفظ للمال لجواز ان تتلف الرقبة فاذا باع عزل حق الغايب
الى حضوره وقد قالوا لو اقر العبد قبل ان يباع بدين الغايب وصدقه المولى وكذبه وانكر
الغرما ذلك فاقراره جايز واذا باعه القاضي عزل حصة الغايب وذلك لان العبد ما لم
يبع فهو على حكم الاذن واقرار الماذون جايز ولان لزوم الدين لا يوجب الحجر في الاقرار
كما لا يوجب الحجر في حق الحر على قول ابي حنيفة رحمه الله وعلى قولهما الدين يوجب الحجر الا انه لم
يوجد فجاز الاقرار ونفذ ووجب الخاصة بنصيب المقر له فان حضر الغايب فصدق العبد
اخذ ذلك وان كذبه بطل الاقرار ووجب رد ذلك على الغرما ولو لم يقر العبد حتى بيع في
الدين ثم اقر بعد ذلك لم يجز اقراره وان صدقه المولى لان البيع سبب للحجر بدلالة ان الاذن
كان ثابتا في الملك الاول وقد زال فلا يجوز اثباته في ملك من لم ياذن فان قدم الغايب واقام
بينة على حقه اتبع الغرما بحصته فما اخذوه لان البينة لا تهمة فيها فيثبت الدين بها وحق
الغرما يتعلق بالثمن كتعلق حقهم بتركة الميت ولو قسم القاضي التركة بين الغرما ثم ظهر غريم
اخر شاركهم فيما قبضوا كذلك هذا ولا سبيل على العبد لان الدين انتقل من رقبته بالبيع وصار
كعبد لا دين عليه ولا سبيل على المشتري لان الثمن الذي تعلق به حق الغرما قد استوفي منه
ولا سبيل على المولى الاول لانه لم يكن له صنع في العبد وانما باع القاضي وقسم فلم يلزم المولى
الضمان وقد قالوا لو كان في يد العبد الماذون مال فقال المولى هو مالي وقال العبد هو لي
وعلى العبد دين فالقول قول العبد لان يد العبد يد للغرما فكان المولى والغرما اختصموا فيما
في ايديهم فلا سبيل قول المولى فيه وان كان الماذون في يد المولى وفي يد العبد فهو بينهما نصفان
لما بينا ان يد العبد يد لنفسه فصار كالاجنبي وان كان معهما يد اجنبي فالمال بينهم اثلاثا
لان كل واحد منهم له فيه يد صحيحة والتساوي في اليد يقتضي التساوي في الملك فان
كان العبد لا دين عليه فالمال بين المولى وبين الاجنبي نصفان لان العبد الذي لا دين عليه

يده لمولاه فصار كان المولى امسك الشيء بيديه والاجنبي بيد واحده فيكون بينهما ولا يترجح
بزياده احدي اليدين ۞

كتاب المزارعة

المزارعة في اللغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة عباره عن العقد على الزراعة ببعض
الخارج وتسمى ايضا مخابره وقيل في اشتقاق هذا الاسم انه ماخوذ من المزارع لانه يقال
للزارع خبير وقيل انها ماخوذه من معامله النبي عليه السلام اهل خيبر قال
رحمه الله قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطله وقال ابو يوسف ومحمد رح
جايزه وجه قول ابي حنيفة رح ما روي رافع بن خديج رض ان النبي عم نهى عن المخابره وعن
زيد بن ثابت رض قال نهى رسول الله صلعم عن المخابره قلت وما المخابره قال ان تاخذ الارض بثلث او
ربع او نصف ولانه عقد على المنافع ببدل معدوم وذلك لا يصح ولا يشبه هذا المضاربه
لان الربح فيها ليس ببدل عن المنافع وانما هو في مقابله العمل بدليل انه لا يفتقر الى ذكر مده
وجه قولهما ما روي ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ۞
وقد قال الشافعي رح تجوز تبعا للمساقاه على الارض التي بين النخل ولا تجوز منفرده ولا تجوز حتى
يكون من رب الارض البذر والبقر ومن العامل العمل دليلنا حديث جابر ان النبي عم
قال من لم يذر المخابره فليأذن بحرب من الله ورسوله ذكره ابو داود رح ولانه عقد لا
يصح منفردا فلا يصح تبعا للمساقاه كما لو كان النخل والبذر من العامل فان قيل النبي عم
عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع قيل له لا دليل فيه لانه لم ينقل انه دفع اليهم
البذر والبقر فعلم انه لم يكن على وجه المزارعه ولان ظاهر الخبر يقتضي جواز المزارعه
وان انفردت عن المساقاه لانه لم يفصل بين الامرين وهذا يدل على بطلان قوله قال
وهي عندهما على اربعة اوجه اذا كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر جازت
المزارعه وذلك لان رب الارض استاجر العامل ببعض الخارج وذلك جايز والبقر غير
مستاجره وانما هي تابعه لعمل العامل المعقود عليه وليس في مقابلتها عوض فهو
كمن استاجر خياطا فان الابره تابعه لعمله ولا عوض في مقابلتها كذلك هذا قال
وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جاز وذلك لان العامل مستاجر
للارض وذلك جايز والبقر غير مستاجره وانما يستعملها في عمل نفسه وذلك لا يمنع صحه
العقد قال وان كانت الارض والبقر والبذر لواحد والعمل لاخر جاز وذلك

لانه مستاجر للعامل ببعض ما يخرج الارض وذلك جايز واما البقر فليست مستاجره لكنها تابعه
لانه يستحيل ان يستاجر الرجل بقر نفسه وانما يعمل على ملكه قال وان كانت الارض
والبقر لواحد والبذر والعمل لاخر فهي باطله وذلك لان صاحب البذر هو المستاجر
والبقر في هذه المسله مستاجره ببعض الخارج بدليل انها غير تابعه للعمل اذا العمل
غير معقود عليه واستيجار البقر ببعض الخارج لا يجوز الدليل عليه ما روي ان اربعه نفر على
عهد رسول الله صلعم اشتركوا من قبل احدهم الارض ومن قبل الاخر البذر ومن قبل الاخر البقر
ومن قبل الاخر العمل فابطل النبي عليه السلام المزارعه وقد روي عن ابي يوسف رح ان المزارعه ايضا
في الوجه الرابع جايزه قال لان العامل بمنزله المضارب وصاحب الارض بمنزله رب المال ولو دفع
رب المال الى المضارب مالا او دابه يحمل عليها ما يشتريه جاز كذلك المزارعه قال
ولا تصح المزارعه الا على مده معلومه وذلك لانها عقد اجاره والاجاره لا تصح الا على مده
معلومه وهذا هو القياس ايضا في البدل فيها ان لا يصح مع الجهاله وانما ترك القياس للضروره
فيه وللاثر وان يكون الخارج شايعا بينهما فان شرط لاحدهما قفزانا مسماه فهي باطله وذلك
لان القياس يمنع صحه المزارعه لان البدل فيها مجهول وانما تركوا القياس واجازوها للاثر
وذلك ورد في جوازها اذا كانت الشركه في جميع الخارج فما سواه على اصل القياس ولان الارض
يجوز ان لا تخرج الا المقدار المسمى فيستحقه احدهما دون الاخر وذلك لا يصح قال
وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي (وهي الانهار العظام) وذلك لما روي انهم كانوا يزارعون ويشترطون
لاحدهما ما على الماذيانات والربع للساقي فابطله رسول الله صلعم وكان المعنى فيه انه قطع الشركه
عن بعض الخارج قال واذا صحت المزارعه فالخارج على الشرط فان لم تخرج الارض شيئا
فلا شيء للعامل وذلك لان المشروط بمنزله البدل المسمى والعقد الصحيح يجب فيه المسمى
واذا لم تخرج الارض شيئا لم يوجد فلا يستحق عوضا عنه وليس كذلك اذا فسدت لان
الاجاره الفاسده يجب فيها اجر المثل في الذمه فلا يجب المسمى وعدم الخارج لا يمنع وجوب
ما في الذمه قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر وذلك لان الخارج نماء البذر
فيكون لصاحب الاصل الا انه ملكه غيره بالشرط والمشروط في المزارعه بمنزله البدل المسمى في
عقد الاجاره والتسميه لا تصح مع فساد العقد واذا بطلت التسميه بالفساد بقي النماء
كله لصاحب البذر كانه لم يشرط شيئا قال فان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل بل

اجر مثله لا يزاد على قدر ما شرط له وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ وذلك لان رب
الارض استوفى منفعة العامل بعقد فاسد فلزمه ردها ولا مثل لها فلزمه قيمتها فاما
اختلافهما في اجر المثل اذا زاد على ما شرط فلانها اجارة فاسدة وقد بينا اختلافهم في
ذلك في كتاب الاجارات قال وان كان البذر من قبل العامل فلرب الارض اجر مثلها
وذلك لان العامل قد استوفى منفعة الارض بعقد فاسد فلزمه قيمتها قال فاذا عقدا
المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه وان امتنع الذي ليس من قبله البذر
اجبره الحاكم على ذلك لان الذي من قبله البذر لا يتوصل الى الوفاء بالعقد الا باتلاف
ماله الذي هو البذر فلا يجبر عليه كمن استاجر رجلا ليهدم داره وكمن باع جذعا في سقف
او ذراعا من ثوب انه فاسد لانه لا يقدر على الوفاء به الا بضرر يلحقه باتلاف ماله
وليس كذلك الذي ليس من جهته البذر لانه لا يتلف ماله بايفاء العقد فلزمه كسائر الاجارات
الا ان يكون هناك عذر مما تنفسخ به الاجارة فيكون له فسخ المزارعة به قال واذا مات احد
المتعاقدين بطلت المزارعة وذلك لانها نوع اجارة فتبطل بالموت كسائر الاجارات
قال واذا انفسخت الاجارة (المزارعة) والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من
الارض الى ان يستحصد وذلك لانه بعد انقضاء المدة ممنوع من ملك غيره من غير اذن وذلك لا
يجوز وفي قلع نصيبه ضرر عليه ويمكن ابقاء الحقين بتبقية الزرع الى وقت الحصاد وايجاب
اجر المثل فكان اولى من الاضرار باحدهما قال والنفقة على الزرع بينهما على مقدار حقوقهما
واجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص وهذا الذي ذكره على ثلاثة اوجه
كلما احتاج اليه الزرع قبل بلوغه مما يصلح به فهو على العامل لان ذلك عمل المزارعة فهو معقود
عليه من جهة المزارع مختص به وكلما احتاج اليه بعد تناهي الزرع فهو عليهما لانه لم يبق على
المزارع عمل والزرع مشترك فالعمل فيه يكون عليهما على قدر حصصهما وكذلك النفقة وكلما احتاج
اليه بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه لان نصيب كل واحد منهما في نصيبه لان
نصيب كل واحد منهما قد تميز فتكون نفقته عليه خاصة قال فان شرطاه في المزارعة
على العامل فسدت يعني ذلك الحصاد والدياس وهذا الذي ذكره هو رواية الاصل عن
ابي يوسف انه قال ان شرط الحصاد والدياس من الوسط جاز وكذلك ان شرطاه على العامل
وبه اخذ اصحابنا بخراسان وجه رواية الاصل ان عقد المزارعة ممتنع على عمل الزرع

الذي يحصل به النماء والزرع اذا تم وتناهى لم يبق هناك عمل ينتفع به النماء والزرع مشترك
والنفقة في المال المشترك عليهما فاذا شرطاه على العامل فقد شرطا عليه ما لا يقتضيه
العقد فيفسده وجه قول ابي يوسف ان التعارف قد حصل ان الحصاد
والدياس على العامل فاستحسنوا في جواز شرطه لعرف الناس كما استحسنوا في
الاستصناع وقد قالوا اذا شرط احد المزارعين البذر لنفسه وان يكون الباقي
بينهما فهذه مزارعة فاسدة وذلك لما بينا ان جواز المزارعة ثبت بالاثر وذلك ورد
في غير استثناء البذر ولان الخارج كله نماء والبذر قد تلف فلو شرط رد مثل البذر ادى
الى قطع الشركة عن بعض النماء وذلك يفسد المزارعة وقد قالوا لو ان رجلا دفع بذرا الى
رجل ليزرعه في ارضه بنصف الخارج ان المزارعة فاسدة وعن ابي يوسف انها جائزة
وجه قولهم المشهور الا ان الذي دونناه في اربعة نفر ولان هذا يشبه الشركة
بالعروض والشركة بالعروض فاسدة وجه قول ابي يوسف ان استيجار الارض
ببعض الخارج جائز واستيجار العامل ببعض الخارج جائز ايضا وفي مسئلتنا صاحب البذر
استاجرهما جميعا فاذا جاز استيجار كل واحد منهما جاز استيجارهما وقد قالوا لو شرط
في المزارعة عليهما جميعا فالمزارعة فاسدة لان البذر ان كان من قبل العامل فهو مستاجر
للارض فاذا شرط عمل صاحبها فلم يسلم ما اجر وذلك يمنع صحة الاجارة وان كان البذر
من قبل رب الارض وشرط عمله فلم يخل بين المزارع وبين الارض ومن شرط المزارعة التخلية
فصار كالمضاربة اذا شرط فيها عمل رب المال انها تفسد كذلك المزارعة وقد قالوا في رجل
دفع الى آخر ارضا مزارعة سنة هذه بالنصف ثم قال له رب المال اكربها وازرعها فقال
الآخر ازرعها بغير كراب فاني انظر في ذلك فان كانت الارض تزرع بغير كراب وتخرج زرعها
الا ان الكراب اجود فذلك الى الزارع ان شاء كرب وان شاء لم يكرب وان كانت لا تخرج
زرعا الا بالكراب لزمه الكراب وان كانت تخرج شيئا قليلا فان كان مثله ما يخرج للناس
جاز وان كان اقل اجبرت العامل على الكراب وعلى هذا اذا قال المزارع لا اسقي الزرع
واتركه حتى تسقيه السماء على التفصيل الذي بيناه وذلك لان العقد وقع على المزارعة
ولم يشرطا فيها كيفية العمل فيلزمه ادنى ما يتناوله الاسم فاذا كانت تنبت بغير كراب زرعا
يقصد مثله فقد وجد ما يسمى مزارعة فلا يستحق عليه اكثر من ذلك وان كان الذي تنبت

قليلاً لا ينتفعا و لا ينبت شيئا بغير كراب و لا سقي فليس ذلك بعمل المزارعه فلا يكون للعامل الا امتناع عليه ولو شرط في المزارعه الكراب والسقي لزمه على كل حال لانه شرط عقدا بصفه فلزمه الوفا به وقد قالوا لو شرط عليه الكراب في السنه او شرط عليه التسميد فهو فاسد وهذا على وجهين ان كان التسميد والتثنيه يبقى له اثر منفعته الى السنه الثانيه فسد العقد بشرطه ويصير كمن عقد على مزارعه وشرط على العامل ان يهب له شيئا وان كان لا يبقى له منفعه الى السنه الثانيه فشرطه جايز وهو بمنزله الكراب والسقي وقد قالوا ان لرب الارض ان يفسخ المزارعه لعذر فان فسخها وقد كان العامل كرب وحفر الانهار فطالب بنفقته لم يكن له شي منها وذلك لان المنفعه لا تتقوم الا بالعقد ولم تتقومها بعقد المزارعه وانما قومها بالخارج من الارض ولم يحصل ذلك فلا يتقوم بغيره وقد قالوا لو مات رب الارض بعدما زرع الزارع قبل ان يستحصد الزرع فليس لورثته ان ياخذوا الارض ولكن يترك في يد المزارع حتى يبلغ الزرع فيقتسمونه على شرطهم وقد انتقضت المزارعه فيما بقي من المده وذلك لان موت رب الارض يوجب انتقال الارض الى الورثه ولم يعقدوا على منافعها فلم يجز ان يستحق عليهم منافع ملكهم بغير اختيارهم الا انهم استحسنوا اذا كان في الارض زرع لان في تبقيه العقد ايفا للحقين الا ترى ان الزارع يسلم له الزرع ويسلم للورثه نصيب الميت وفي فسخ العقد الحاق ضرر بالجهتين فكان نفي الضرر عنهما اولى واما ما بقي من المده فلا حاجه بنا الى تبقيه العقد فيها فحمل على القياس ولو مات رب الارض قبل ان يزرع بعدما كرب وحفر الانهار بطلت المزارعه ولم يكن على ورثه رب الارض شي لاجل الكراب وغيره لانه ليس في الفسخ ابطال مال المزارع فلم يجز تبقيه المزارعه حتى يستوفي حقه واما الكراب وحفر الانهار فقد بينت انه لم يتقوم بالعقد وانما يتقوم بالخارج من الارض ولم يوجد ذلك وقد قالوا لو انقضت مده المزارعه والزرع بقل لم يدرك فالزرع بينهما والعمل فيما بقي حتى يبلغ عليهما وعلى العامل اجر مثل الارض وذلك لان المده لما انقضت وجب قطع الزرع الا ان في قلعه ضررا وفي تبقيته بالاجر ايفا لحقهما فترك على حاله كما قالوا في العاريه والاجاره اذا انقضت المده وفي الارض زرع فاذا بطلت المزارعه كان العمل بعد ذلك عملا في مال مشترك فيكون عليهما ولا يشبه هذا موت رب الارض لان هناك بموته اوجب فسخ العقد لا انا ابقينا العقد للعذر لان هذا العقد لما جاز فسخه للعذر جاز تبقيته للعذر واذا بقي العقد كان العمل عليه

مات المزارع [illegible]

على ما اقتضاه العقد وهذا كما نقول في الجمال اذا مات في بعض الطريق ان المستاجر يمضي الى مكه بالمسمى فبقوا العقد للعذر كما نفسخه للعذر

كتاب المساقاة

قال رحمه الله قال ابو حنيفه المساقاه بجزء من الثمر باطله وقال ابو يوسف ومحمد جايزه اذا ذكر مده معلومه وسمى جزءا من الثمر مشاعا وقال الشافعي تجوز في النخل والكرم هذا قوله الجديد وقال في القديم تجوز في كل ثمره وجه قول ابي حنيفه حديث رافع بن خديج ان النبي عم نهى عن المخابره قال ابن الاعرابي المخابره مشتقه من معامله النبي عم اهل خيبر ثم صارت لغه مستعمله فقيل للاكار خبير واذا تناول الاسم المزارعه والمساقاه جميعا دخلا تحت النهي ولانه شرط في مقابلته عمله بعض الخارج ما يخرج من نخله فلا يجوز كما لو قال اعمل في هذه النخله على ان لك ما تخرج هذه الاخرى ولانه عقد لا يصح من غير ذكر مده فلم يجز بثمره معلومه اصله الاجاره وعكسه الخلع وجه قولهما حديث ابن عباس ان النبي عم فتح خيبر واشترط ان له الارض وكل صفرا وبيضا فقال اهل خيبر نحن اعلم بالارض منكم فاعطناها على ان لكم نصف الثمره ولنا النصف الجواب ان هذا لم يكن على طريق المساقاه بدليل انه لم يذكر مده معلومه وقال نقركم فيها ما شئنا رواه ابن اسحق وروي نقركم ما اقركم الله وهذا لا يجوز شرطه بالاتفاق فاحتمل ان يكون النبي عم جعل جزيتهم العمل في الارض ودفع اليهم سهما من الثمر على طريق المعونه وللامام ان يدفع الى اهل الذمه اذا لم يجد شيئا على طريق المعونه واذا ثبت من اصل ابي يوسف ومحمد جوازها لم تصح الا على مده معلومه لانها نوع اجاره فلا تصح الا على مده معلومه كسائر الاجارات وقد قالوا لو دفع الى رجل نخلا ولم يذكر مده معلومه كان على اول ثمره تخرج من اول سنه استحسانا لان العقد يقع على العمل في الثمر ولكل ثمره وقت معلوم تبتدي فيه وتنتهي فالثمره الاولى متيقن دخولها في العقد فجاز فيها العقد وما بعد ذلك غير متيقن فلم يصح العقد فيه واما قوله وسمى جزءا من الثمر مشاعا فهو على ما بيناه في المزارعه قال وتجوز المساقاه في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وذلك لان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف التمر وهي بلاد كبيره فالظاهر انها تعم هذه الانواع ولان المساقاة جوزت للضروره وذلك موجود في جميع ما ذكرنا قال فان دفع نخلا فيه ثمره مساقاة والثمر تزيد بالعمل جاز فان كانت قد انتهت

قد انتهت لم تجز وذلك لان العامل يستحق بعض الثمرة بعمله فاذا كان لعمله تاثير في زيادة
جاز العقد كما يجوز قبل وجود الثمرة واما اذا تناهت الثمرة مثل ان تصفر وتحمر الا انها
لم تترطب فانه لا يكون للعامل تاثير ولا زيادة لعمله فيفسد العقد ويكون له اجر مثله
ان عمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله وذلك لانها عقد اجارة
والاجارة اذا فسدت وجب فيها اجر المثل قال وتبطل المساقاة بالموت وتفسخ
بالاعذار كما تفسخ الاجارة وذلك لانها نوع اجارة فابطلها الموت وفسخت بالعذر كسائر
انواع الاجارات وقد قالوا لو دفع احد الشريكين النخل والشجر الى شريكه مساقاة
لم يجز ولا اجر له ان عمل وما خرج من الثمرة فهو بينهما بقدر ملكهما وذلك لان المساقاة
عقد اجارة واستيجار احد الشريكين على العمل فيما هو شريك فيه لا يصح ولا يجب له اجر
لان العمل وقع لنفسه واذا لم يصح العقد كان الخارج بينهما على قدر الملكين لانه نما
ملكهما ٥

كتاب النكاح ٥

قال الشيخ الامام ابو نصر احمد بن محمد البغدادي ادام الله تاييده النكاح في اللغة
حقيقة في الوطي تقول العرب تناكح الشيئان اذا تداخلا وقالوا انكحنا الفرى فسنرى
يضربون ذلك مثلا للامر يجتمعون عليه فينظرون ماذا يكون منه وهو في الشرع ايضا حقيقة
في الوطي مجاز في العقد لان العقد الذي يتوصل به الى الوطي سمي نكاحا ولا يسمى العقد
الذي لا يتوصل به الى الوطي نكاحا فعلم انه مجاز فيه وقد قال الشافعي هو في الشرع عبارة
عن العقد لان الله لم يذكر النكاح في القران الا والمراد به العقد وهذا الذي ذكره لا يصح
لان الله تعالى قد ذكر النكاح في القران والمراد به الوطي بالاجماع وهو قوله تعالى الزاني لا ينكح
الا زانية او مشركة وكل موضع حمل على العقد فانما حمل عليه بدليل فان العقد مثل قوله تعالى
فانكحوهن باذن اهلهن لما كان الوطي لا يقف على الاذن علم ان المراد به العقد وكقوله تعالى
فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع لما كان الوطي لا يتقدر علم ان المراد به العقد
والنكاح جائز مندوب اليه وليس بواجب وقال نفاة القياس هو واجب وليس
بصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فليصم فان الصوم
له وجاء فاقام الصوم مقام النكاح والصوم ليس بواجب والواجب لا يقوم مقامه ما ليس
بواجب ولانه سبب يتوصل به الى الوطي فلا يكون واجبا كشرى الجارية قال رحمه الله النكاح

ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي او يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر
عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول قد زوجتك اما اعتبار الايجاب والقبول
فلان العقد عبارة عن الايجاب والقبول فلا بد ان ياتي بهما واما انعقاده بلفظ المستقبل
مثل ان يقول زوجني ابنتك او جئتك لتزوجني ابنتك فيقول الاب قد زوجتك فيصح
النكاح ويلزم وليس للخاطب ان يقول ما قبلت وكذلك لو قال لامراة اتزوجك على
الف فقالت قد تزوجتك على ذلك فهو عقد جائز وهذا كله استحسان وكان
القياس ان لا ينعقد الا بلفظ الماضي لان لفظ الاستقبال عدة والفاظ الماضي لا
يراد بها الا الايجاب والمقصود هو الايجاب دون العدة وانما تركوا القياس لان النكاح
لا يحضره السوم فالظاهر من جميع الفاظه الايجاب فصار جميع ذلك في معنى الماضي
فانعقد به قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين
بالغين مسلمين اما اعتبار الشهادة في النكاح فهو شرط عندنا وقال مالك ليس بشرط
وانما الاعلان شرط فان حضر العقد شهود وشرط فيه الكتمان فهو فاسد عنده دليلنا
قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ولانه عقد فلا يفسده شرط الكتمان اصله سائر
العقود واما قوله حرين بالغين عاقلين مسلمين فلان من كان على غير ذلك لا تقبل شهادته
عليها نبينه في موضعه قال او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين
في قذف او غير محدودين اما انعقاد النكاح بشهادة رجل وامراتين خلافا لما قاله الشافعي
فلقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ظاهره يقتضي انعقاده بما ينطلق عليه اسم الشهود
وذلك موجود في رجل وامراتين ولانها شهادة يثبت بها المال فجاز ان ينعقد بها النكاح
كشهادة رجلين واما قوله عدولا كانوا او غير عدول فصحيح وعندنا ينعقد النكاح
بشهادة الفاسق وقال الشافعي لا ينعقد دليلنا ان الفاسق يملك قبول النكاح لنفسه
فانعقد بحضوره كالعدل ولان حضور الشهود عند النكاح تحمل شهادة وتحمل الفاسق للشهادة
يصح والدليل عليه سائر الشهادات واما المحدود في القذف فهو فاسق ايضا كغيره من
الفساق وقد قال اصحابنا في صفة الشهود الذي ينعقد النكاح بحضورهم كل من ملك
عقد النكاح لنفسه انعقد بحضوره ومن لا يملك القبول لنفسه لا ينعقد بحضوره وهذا
الاعتبار صحيح لان الشهادة من شرائط النكاح كما ان القبول من شرائطه فصح اعتبار

أحدهما بالآخر وإذا ثبت هذا الأصل قلنا لا ينعقد بحضور الصبي والمجنون والعبد لأن كل
واحد منهم لا يملك قبول النكاح لنفسه وكذلك الكافر إذا حضر نكاح المسلمين لما لم يملك قبول
ذلك النكاح لنفسه لم ينعقد بحضوره قال فإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين
جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد لا يجوز وبه قال الشافعي رحمه الله وجه قولهما أن الذمي
يملك قبول هذا العقد لنفسه فانعقد بحضوره كالمسلم ولأنه يجوز ثبوت هذا النكاح بشهادته
إذا جحدت المرأة وقد كان حضرهما مسلمان حال العقد وكل من جاز أن يثبت النكاح بشهادته
فإنه ينعقد بحضوره كالمسلم وجه قول محمد رحمه الله أن شهادة الكافر ليست بحجة على المسلم
فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة دون كلام الزوج فلا ينعقد وهذا غير صحيح لأن سماع الكافر
في حق المسلم سماع صحيح بدليل أنهما لو أسلما وقد كان حضرهما العقد مسلمان ثبت بشهادتهما
فدل على صحة سماعهما في حقه قال ولا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجداته من قبل
الرجال والنساء وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم واسم الأم يتناول الجدات مجازا فإن قال
إن اللفظ الواحد لا يجوز أن يحمل على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة فحرمتهن بالآية ومن
قال إن اللفظ لا يحمل عليهما حرمت الأم بالآية وحرم الجدات بالإجماع قال ولا ببنته ولا
ببنت ولده وإن سفلت وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم واسم البنت يتناول بنات
الولد مجازا فمن أجاز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة حرمهن
بالآية ومن لم يجز ذلك حرم ابنة الصلب بالآية وحرم من سواها بالإجماع قال
ولا بأخته ولا بعمته ولا بخالته ولا ببنات أخيه ولا ببنات أخته وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم
أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت واسم الأخت يتناول
الأخوات المتفرقات فكلهن حرام بظاهر الآية وكذلك العمات والخالات المتفرقات لأن
الاسم يتناول جميعهن فيحرمن بظاهر الآية فأما عمة الأب وعمة الأم وخالة الأب وخالة
الأم فحرام بالإجماع وحرم الله الأخت وولدها وحرم العمة والخالة دون ولدهما فولد
الخالة والعمة حلال وولد الأخ والأخت حرام قال ولا بأم امرأته دخل بابنتها أو لم
يدخل وذلك لقوله تعالى وأمهات نسائكم وهو عام وعن عبد الله بن عمرو أن النبي عليه السلام قال إذا نكح
الرجل المرأة فطلقها قبل أن يدخل بها فله أن يتزوج ابنتها وليس له أن يتزوج الأم وروي
مثل ذلك عن علي وعمر قال ابن عباس رضي الله عنهما أبهموا ما أبهم الله تعالى وقد كان ابن مسعود

يرى أنها لا تحرم بنفس العقد ثم رجع وروي عن علي رضي الله عنه مثل ذلك والصحيح أنها لا تحرم بنفس
العقد ثم رجع وروي عن علي رضي الله عنه مثل ذلك والصحيح عنهما أنها لا تحرم بنفس العقد
قال بشر المريسي لا تحرم حتى يدخل بابنتها واحتج في ذلك بقوله تعالى وأمهات نسائكم
وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن والمعطوف بعضه على بعض إذا تعقبه شرط
عاد إلى جميعه كمن قال امرأته طالق وعبده حر إن دخل الدار وهذا لا يصح لأن الشرط
إنما يعود إلى جميع ما تقدم إذا أمكن وليس يمكن في مسألتنا رد الشرط إلى أمهات النساء وذلك
لأنه قد استقر في العربية أن العامل في الصفة هو العامل في الموصوف وثبت أيضا أن المعمول الواحد
لا يكون معمولا لعاملين وقوله وأمهات نسائكم جر بالإضافة وقوله وربائبكم اللاتي في
حجوركم من نسائكم جر بحرف الجر فلو عاد قوله قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن إليهما لصار
قوله وأمهات نسائكم معمولا بالإضافة وبحرف الجر وذلك لا يصح قال ولا ببنت
امرأته التي دخل بها سواء كانت في حجره أو في غير حجره وذلك لقوله تعالى وربائبكم
اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم يدخل بامرأته وفارقها جاز أن
يتزوج بابنتها ويستوي في تحريم الربيبة أن تكون في حجره أو في غير حجره وعن علي رضي الله عنه
أنها لا تحرم إلا أن تكون في حجره لنا أن تحريم الربيبة تحريم مؤبد والتحريم المؤبد
يستوي فيه القرب والبعد كأمهات النساء وقوله تعالى في حجوركم ليس
بشرط وإنما ذكر ذلك لأن العادة أن الربيبة تكون في حجر زوج أمها فخرج الكلام
على العادة وهذا كقول النبي صلى الله عليه وسلم في خمس وعشرين ابنة مخاض وهي التي تمت
لها سنة ودخلت في الثانية وصفها بالمخاض لأنها في الغالب تكون في السنة
الثانية كذلك وليس بشرط في جوازها كذلك في مسألتنا قال ولا بامرأة أبيه
وأجداده وذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فامرأة الأب حرام بظاهر
الآية وكذلك امرأة الجد من قبل الأب ومن قبل الأم لأن اسم الأب يتناولهما على
وجه المجاز فهي حرام بظاهر الآية على قول من جوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة
والمجاز وبالإجماع على قول من منع ذلك قال ولا بامرأة ابنه وبني أولاده
وذلك لقوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم فامرأة الابن حرام على الأب دخل بها
الابن أو لم يدخل لأن تحريمها مبهم فهو على عمومه وتخصيص التحريم بهاذه رغبوها

نحو للاب أن يتزوج بامهاتها وبناتها وقوله تعالى من اصلابكم فامراة الابن انما ذكر
لان العرب كانوا يستلحقون بالتبني وينسبونهم الى انفسهم بالبنوة الى ان نهى الله تعالى
عن ذلك بقوله ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله فخص الله تعالى البنين من الاصلاب
بالذكر ليبين ان امراة الابن من التبني ليست بحرام عليه فاما امراة ابن الابن
وان سفل وابنه البنت فحرام اما بظاهر الاية على قول من جوز حمل اللفظ الواحد
على الحقيقة والمجاز او بالاجماع على قول من منع ذلك فان قيل كيف يقال لولد
الولد انهم من الصلب قيل له لا يمتنع ذلك اذا كان اصلهم الصلب كما قال الله تعالى هو الذي
خلقكم من تراب وان كانت هذه الصفة لاول الخلق لذلك هذا قال ولا بامه
من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة وذلك لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة قال ولا يجمع بين اختين بنكاح ولا بملك يمين اما
الجمع بين الاختين في عقد النكاح فحرام بظاهر الاية واختلفوا في الجمع بينهما في الوطي
بملك اليمين وروي عن عمر وعلي وابن مسعود انه محرم وقال عثمان بن عفان
كل شي حرمه الله عز وجل من الحرائر حرمه من الاماء الا الجمع والدليل على ما قلناه
قوله وان تجمعوا بين الاختين والمراد به الجمع بينهما في احكام النكاح الدليل عليه
ان الجمع بينهما في غير ذلك جائز وهذا موجود في الجمع بينهما في الوطي بملك اليمين
وروي ان رجلا سال عثمان عن ذلك فقال ما احب ان احله ولكن احلتهما اية وحرمتهما
اية فخرج الرجل من عنده فلقي علي بن ابي طالب فذكر ذلك له فقال لو ان لي من الامر
شي لجعلت من فعل ذلك نكالا وانما توقف عثمان في ذلك لان التحليل والتحريم اذا
تعارضا كان التحريم اولى فاذا ثبت ان الجمع بين الاختين لا يحل قلنا ان تزوجهما في
عقد واحد فنكاحهما فاسد لان الجمع بينهما لا يصح لظاهر الاية ولا يجوز ان يصح نكاح
احديهما بعينها لانه ليس احديهما اولى من الاخرى ولا يجوز ان يصح نكاح واحدة
بغير عينها لان النكاح لا يصح في امراة مجهولة فلم يبق الا بطلان نكاحهما واما اذا
تزوج احديهما بعد الاخرى فنكاح الثانية باطل ويفرق بينهما وذلك لان نكاح الاولى
وقع صحيحا والمنع حصل في نكاح الثانية لان الجمع به حصل فاختص الفساد به واما
قوله تعالى الا ما قد سلف فقد قيل فيه تاويلان احدهما ان من جمع بين اختين قبل

قبل التحريم ثم طرى التحريم عليه جاز له البقاء على ذلك العقد والثاني انه لا اثم على
من جمع قبل التحريم وهذا اصح من الاول قال ولا يجمع بين المراة وبين عمتها وخالتها
ولا بنت اخيها ولا بنت اختها وذلك لما روى جابر وابن عباس وابو هريرة رضي الله عنهم
ان النبي عم قال لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت اخيها ولا على
بنت اختها ولا تسال المراة طلاق اختها لتكفئ ما في صحفتها فان الله رازقها وهذا
من اخبار الاستفاضة لان الامة تلقته بالقبول وعملوا بموجبه لاجله فهو من اخبار
الاحاد ولا خلاف في ذلك الا ما روي عن عثمان البتي انه قال يجوز الجمع فيما سوى الا
بقوله تعالى بعد ذكر المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم وهذا لا يصح لانه تعالى شرط
في الاباحة الاحصان وهو مجمل والاباحة اذا شرط فيها شرط مجمل صارت مجملة
والمجمل يحتاج الى البيان ويصح بيانه بخبر الواحد فيكون الخبر الذي رويناه بيانا
للاية قال ولا يجمع بين امراتين لو كانت كل واحدة منهما رجلا لم يجز ان يتزوج
بالاخرى وهذا العقد الذي ذكره رحمه صحيح وهو معتبر بالاختين والجمع بين المراة
وعمتها قال ولا باس ان يجمع بين امراة وابنة زوج كان لها من قبل وقال زفر
لا يجوز الجمع بينهما دليلنا ان احديهما لو كانت رجلا وهي الزوجة جاز لها ان تتزوج
بالاخرى فلم يعم التحريم الجنبتين فصارتا كالاجنبيتين وقد روي ان عبد الله بن جعفر
رضي الله عنه جمع بين امراة علي عم وابنته وجه قول زفر ان البنت لو كانت رجلا
لم يجز لها ان تتزوج بالاخرى فلم يجز الجمع بينهما قال ومن زنا بامراة حرم عليه
امها وابنتها وقال الشافعي الزنا لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولو زنا بام امراته لم يقع بينهما
فرقة عند الشافعي وعندنا تقع الفرقة بينه وبين زوجته لنا قوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح اباوكم من النسا حقيقة في الوطي على ما بينا وانما يسمى العقد نكاحا على وجه
المجاز وحمل اللفظ على حقيقته اولى وان كان الاسم يتناول الامرين حمل على عمومه
ولانه وطي مقصود في موطوءة فوجب ان يتعلق به تحريم المصاهرة كالوطي بالنكاح وكما لو
وطي امته المزوجة او وطي جارية ابنه فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه انه
قال الحرام لا يحرم الحلال قيل له ان صح هذا الخبر فهو متروك الظاهر لان الحرام
ابدا يحرم الحلال كالوطي بنكاح فاسد ووطي الرجل جاريته المزوجة والنجاسة

اذا اختلطت بالماء واذا كان متروك الظاهر لم يمكن حمله على العموم فيحمل على ما روي
عن عطاء انه قال اذا اراد الرجل يزني بالمراة ثم يتزوجها فقال لا يحرم الوطي بالزنا العقد
الحلال وقد قال اصحابنا رحمهم الله اذا المس لشهوة او قبلها او نظر الى فرجها لشهوة حرمت
عليه امها وابنتها وقال الشافعي رح في اختلاف ابن ابي ليلى اذا المس الرجل الجارية حرمت
على ابيه وابنه ولا تحرم عليهم بالنظر ولم يذكر غير ذلك وقال اصحابنا بانه له قول
آخر ان المباشرة من غير وطي لا يتعلق بها التحريم دليلنا ما روى ابو هاني رح ان النبي عم
قال من نظر الى فرج امراة لم تحل له امها ولا ابنتها وهو عام وعن عمر رض انه جرد جارية له فسأله
بعض ولده اياها فقال انها لا تحل لك وروي ان مسروقا لما كتب الى اهله في جاريته
الا فبيعوها اما اني لم اصب منها الا ما حرمها على ولدي من اللمس والنظر وروي مثل ذلك
عن الحسن رح ولان اللمس والنظر الى الفرج لشهوة لا يحل الا بنكاح او ملك يمين فصار
كالوطي قال واذا طلق الرجل المراة طلاقا بائنا لم يجز ان يتزوج باختها حتى تنقضي
عدتها ولا يجوز له ايضا ان يتزوج باربع سواها روي ذلك عن علي وابن عباس رض وكان
زيد بن ثابت يقول يجوز ثم رجع الى قولهما وقال الشافعي رح يجوز لنا ما روي
عن النبي عم انه قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يجمع ماءه في رحم اختين
ومتى تزوج باختها مع بقائها في العدة فقد جمع ماءه في رحمها ولانه معنى يمنع احد الزوجين
لاجل نكاح صاحبه فيبقى ببقاء العدة اصله منعها من الازواج قال ولا يجوز ان
يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها وقال نفاة القياس يجوز لنا قوله تعالى والذين
هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فاباح الفرج باحد امرين
فالظاهر انه لا يستباح بهما في حالة واحدة ولان النكاح يتعلق به حقوق ويجب لكل واحد
من الزوجين على الآخر وتلك الحقوق لا تثبت على المراة لعبدها ولا على المولى لامته وحكم
العقود اذا انتفت لم ينعقد كما لا يجوز نكاح ذوات المحارم لما انتفى موجب العقد
الذي هو الاستباحة قال ويجوز تزويج الكتابيات وذلك لقوله تعالى والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ولانها مؤمنة بكتاب من كتب الله تعالى فجاز تزويجها
المسلم اصله الحرة قال ولا يجوز تزويج المجوسيات لانه لا كتاب لهم فدخلوا تحت
قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات والدليل على انه لا كتاب لهم ان عمر بن الخطاب رض قال

ما اصنع بالطايفة التي ليست من اهل الكتاب فقال عبد الرحمن بن عوف رض سمعت رسول
الله صلى الله عليه يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب قال ولا الوثنيات وذلك
لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهو عام قال ويجوز تزويج الصابيات
اذا كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم
لم يجز مناكحتهم وذلك لانهم اذا كان لهم كتاب ودين يؤمنون به فهم اهل كتاب
ولا شبهة في جواز مناكحتهم فاذا كانوا يعبدون الكواكب فهم بمنزلة عابدي الوثن
ولا يجوز مناكحتهم هذا هو الصحيح من المذهب واصحابنا يجعلونها مسئلة خلاف
فيقولون عند ابي حنيفة رح يجوز مناكحتهم وعند ابي يوسف ومحمد رح لا يجوز وليس فيها
خلاف على الحقيقة لان ابا حنيفة رح اجاب في فرقة لها كتاب وانما يعظمون الكواكب
كما يعظم المسلم القبلة وابو يوسف ومحمد رح اجابا على من يعبد الكواكب كما يعبد
الاوثان وكل واحد منهم لا يخالف صاحبه فيما اجاب فيه قال ويجوز للمحرم
والمحرمة ان يتزوجا في حال الاحرام وقال الشافعي رح لا يجوز للمحرم ان يتزوج
ولا يكون وليا في النكاح لنا ما رواه ابو هريرة رض وعايشة رض ان النبي صلى الله عليه
تزوج وهو محرم وكذلك روى جابر رض عن ابن عباس رض ولانه سبب يتوصل به الى
الوطي فلا يمنع منه الاحرام كشرا الجارية فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه
انه قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب قيل له معناه لا يطا المحرم ولا يمكن
المحرمة من نفسها ليتوطا بظاهر خبرنا ومعنى قوله ولا يخطب قيل معناه لا
تلتمس الوطي قال وينعقد نكاح المراة الحرة البالغة برضاها وان لم يعقد
عليها ولي عند ابي حنيفة رح بكرا كانت او ثيبا وقال ابو يوسف ومحمد رح لا ينعقد
الا بولي وقال الشافعي رح لا يجوز ان تعقد المراة النكاح لنفسها ولا لغيرها
وجه قول ابي حنيفة رح قوله صلى الله عليه الايم احق بنفسها من وليها وهو عام ولان من
ملك التصرف في ماله بعوض وبغير عوض جاز ان يعقد النكاح لنفسه اصله الرجل
وجه قولهما قوله صلى الله عليه ايما امراة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها
باطل ان هذا الخبر مطعون في راويه ولو صح اقتضى امراة لها ولي في الاطلاق
من ينفرد بالتصرف والمراة التي اختلفنا فيها ليس لها ولي في الاطلاق

بل هي وليه نفسها وانما تثبت الولايه على المجنونه والامه والصغيره وهولا لا يصح
نكاحهن بغير اذن الولي ولم يتناول الخبر موضع الخلاف قال ولا يجوز للولي
اجبار البكر البالغ على النكاح وقال الشافعي رحمه الله يجوز ذلك للاب والجد لنا ما روي
ابن عباس رضي الله عنه وابن عمر وجابر رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح امراة زوجها ابوها وهي
كارهه وروي انها اتت النبي صلى الله عليه وسلم فخيرها ذكره ابو داود رحمه الله ولان لها ان
تطالب الاب بالعقد اذا امتنع فكان لها ان تمتنع من العقد اذا كرهته اصله الثيب
فان قيل لما لم يفتقر نكاحها الى نطقها مع القدره عليه لم يفتقر الى رضاها كالصغيره
قيل له الصغيره لا يعتبر رضاها في ساير العقود لذلك في النكاح اصله الثيب قال
واذا استاذنها فسكتت او ضحكت فذلك اذن منها وجمله ذلك ان العقد لا يجوز
عليها الا برضاها وذلك تعلم بالقول او بفعل يدل على الرضا الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لبريره لما اعتقت ان وطيك زوجك فلا خيار لك فجعل تمكينها زوجها دليلا على
الرضى الا ترى ان النبي عليه السلام بالنكاح وقد كان القياس ان لا يكون سكوتها رضى لان
الساكت قد يكون راضيا وقد يكون ساخطا فلا يجوز اثبات الرضى بالشك وانما تركوا
القياس لان النبي عليه السلام قال البكر تستامر في نفسها فقيل له انها تستحي فقال اذنها
صماتها وسكوتها اقرارها فاما الضحك فانه يدل على الرضا اكثر من دلالته
على السكوت وقد قال اصحابنا والسكوت والضحك انما يكون اذنا اذا كان الزوج
لها وليا فان كان غير الولي لم يكن الاذن الا بالقول وذلك لان غير الولي انما يزوج
بالوكاله والوكاله لا تصح الا بالنطق واما اذا استاذنها فبكت فلا يزوجها عند
محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله ان البكاء رضى منها وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان البكاء يكون
لشده الحيا فاشبه السكوت وجه قول محمد رحمه الله ان البكاء يدل على الكراهه فصار
كالامتناع قال وان ابت لم يزوجها وهذا لما بينا انه لا يجوز تزويجها الا برضاها
فاذا ابت دل على فقد رضاها فلم يجز تزويجها قال واذا استاذن الثيب
فلا بد من رضاها بالقول وذلك لقوله عليه السلام الثيب تستامر في نفسها
والامر انما يكون بالقول ولانه لما اعتبر رضاها في هذا العقد وجب ان
يكون بالقول اصله عقد البيع وكذلك القياس في البكر ايضا وانما

تركوا القياس فيها للخبر قال واذا زالت بكارتها بوثبه او حيضه او جراحه فهي
في حكم الابكار وقال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله هي في حكم الثيب لنا قوله صلى الله عليه
البكر تستامر في نفسها فقيل انها تستحي فقال عليه السلام اذنها صماتها وسكوتها اقرارها
فجعل العله في ذلك وجود الحيا وهذا موجود فيمن زالت بكارتها بالوثبه والحيضه
قال وان زالت بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تزوج
تزويج الثيب وهو قول الشافعي رحمه الله وجه قول ابي حنيفه رحمه الله ان البكاره زالت بسبب
لا يتعلق به احكام النكاح فلا يكون في حكم الثيب الدليل عليه اذا وطيها بشبهه
او بنكاح الجواب انها اذا وستره فلا يزول حياها عند الولي وانما يزول عند
الزاني لا سيما اذا لم يتكرر الزنا منها والمعتبر وجود حياها عند استيذان الزاني
الولي لها وذلك موجود قال واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت
فالقول قولها ولا يمين عليها وقال زفر رحمه الله القول قول الزوج دليلنا انه قد وجد
ههنا ظاهر يدعيه الزوج وهو السكوت وظاهر تدعيه المراه وهو تملكها
فتقابل الظاهران والاصل ان الملك لم يزل فبقي على ما كان عليه وجه قول
زفر رحمه الله ان الاصل السكوت فالزوج يدعي الاصل وهي تدعي امرا حادثا فلا يقبل
قولها الا بدليل واما قوله ولا يمين عليها فهذا قول ابي حنيفه رحمه الله وعنده لا
تستحلف في النكاح وحقوقه والرجعه والفي في الايلاء والنسب ولا في الرق وهو
مثل الاستيلاد والولا ولا في الحدود وهو قول الشافعي وهذا الاختلاف بين اصحابنا
فرع على اختلافهم في معنى النكول فعند ابي حنيفه رحمه الله انه قائم مقام البذل وليس بصريح
بذل وعندهما هو قائم مقام الاقرار وجه قول ابي حنيفه رحمه الله في هذه المسله ان
المدعى عليه اذا كان بريئا من الدعوى فهو مخير بين اسقاطها عن نفسه باليمين
وبين التزامها بالنكول وهو مخير بين اسقاط شي عن نفسه او التزامه فانه اذا التزمه
يكون باذلا اصله الواهب والموصي ولا يشبه هذا الاقرار لان المقر ليس بمخير
الا ترى انه ان كان صادقا لزمه الاقرار وان كان بريئا لم يحل له ان يقر لانه كذب
وجه قولهما ان النكول يثبت حكمه في حق الماذون والمكاتب والوكيل وبذل
هولاء لا يصح فلما صح منهم النكول دل على انه ليس ببذل وانه اقرار لان اقرار

هو آلآء لايصح والجواب ان عند ابي حنيفه رح ليس من يصح بذلك انما اجري مجراه
وهو آلآء يصح منهم ما اجري مجري البذل الدليل عليه المحاباه واذا ثبت من اصل ابي
حنيفه رح انه في معني البذل وكان بذل النكاح وحقوقه والرق وحقوقه لايصح بذل
ان يستوفيها مع البذل كاستيفايها من غير البذل في الحكم المتعلق بها لم يكن استيفادها
بالنكول فايده اليمين في حق المدعي النكول فا لايستوفي بالنكول الا فايده لليمين
فيه وما لا فايده فيه لا تصح المطالبه به واذا ثبت من اصلهما ان النكول قايم مقام
الاقرار وكانت هذه المعاني يجوز اثباتها بما قام مقام الغير كالشهادة على الشهادة
جاز اثباتها بالنكول فيكون في اليمين فايده قال وينعقد النكاح بلفظ
النكاح والتزويج والتمليك والهبه والصدقه اما انعقاده بلفظ النكاح والتزويج
فلا خلاف فيه واما انعقاده بلفظ الهبه والتمليك فهو قول اصحابنا رح وقال
الشافعي رح لا ينعقد دليلنا قوله تعالى وامراه مومنه ان وهبت نفسها للنبي
فدل على جواز عقد النكاح للنبي بلفظ الهبه وكل لفظ جاز للنبي ان ينعقد به
النكاح جاز لغيره ايضا ان ينعقد به اصله لفظ النكاح ولما روي ان امراة جات
الي النبي صلي الله عليه وسلم فقالت جيت لاهب نفسي منك فنظر اليها وصعد النظر
وصوبه ثم طاطا راسه فقام رجل من اصحابه فقال يا رسول الله ان لم يكن لك بها
حاجة فزوجنيها فقال صلى الله عليه وسلم اذهب فقد ملكتكها بما معك من القران ولانه
لفظ يتعلق به التمليك من غير توقيت فجاز ان ينعقد به النكاح كلفظ الاجاره
النكاح فان قيل كل لفظ ينعقد به غير النكاح فلا ينعقد به النكاح كلفظ
الاجاره قيل له الاجاره التوقيت شرط في صحتها وهو مبطل للنكاح والتابيد
من شرايط النكاح وهو مفسد الاجاره فلما شرط في كل واحد منهما ما يفسد
الاخر افسد احدهما ما يصح الاخر فلم ينعقد احدهما باللفظ الموضوع للاخر ○
قال ولا ينعقد بلفظ الاجاره والاباحه وذلك لان النكاح يقتضي التمليك
ولفظ الاباحه لا يفيد ذلك واما لفظ الاجاره وان افاد ذلك فانه يفيد
التوقيت وذلك شرط يفسد النكاح وقد قال بعض اصحابنا الخراسانيين انه لا
ينعقد بلفظ البيع وليس بصحيح لان لفظ البيع يقتضي التمليك من غير توقيت

فهو كلفظ النكاح قال ويجوز نكاح الصغير والصغيره اذا زوجهما الولي بكرا
كانت الصغيره او ثيبا اما جواز العقد على الصغار خلاف ما قال ابن شبرمه فلقوله
تعالي وانكحوا الايامى منكم والايم هي المراة التي لا زوج لها صغيره كانت او كبيره
ولان النبي عليه السلام تزوج عايشه رض بنت ست سنين وتزوج قدامه بن مظعون بنت
الزبير يوم ولدت فقيل له في ذلك فقال ان مت فهي خير ورثتي وان عشت فهي
بنت الزبير واما قوله بكرا كانت الصغيره او ثيبا فصحيح وعندنا يملك الولي
تزويج الثيب الصغيره وقال الشافعي رح لا يجوز تزويجها حتى تبلغ لنا قوله
تعالي وانكحوا الايامى منكم وهو عام ولانها لا تملك التصرف في نفسها ولا في مالها
فملك الولي تزويجها كالبكر والذي يدل ان النبي صلي الله عليه وسلم قال الثيب تستامر في
نفسها فهو محمول على الكبيره بدليل انه جمع بينها وبين البكر في اعتبار الاذن
وخالف بينهما في صفته والبكر التي تستامر في نفسها هي الكبيره قال والولي
العصبه وهذا صحيح اما الاب والجد ابو الاب فلا خلاف فيه انه يزوج الصغار
واختلفوا في غيرهما من العصبات فقال اصحابنا رح كل من له تعصيب فله ولايه
في النكاح كالاخ والعم وابن العم وقال الشافعي رح لا يزوج الصغار الا الاب
والجد دليلنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج بنت حمزه رض من ابن ام سلمه وكانت
صغيره وقد روي مثل ذلك عن عمر وابن مسعود رض وابن عباس رض وقد روي ذلك
عن علي رض ايضا ولانه عصبه له قول صحيح فجاز ان يملك تزويج الصغيره اصله
بالنسب كالجد فان قيل غير الاب والجد لا يلي في مالها فلا يلي في نكاحها كا
قيل له المعني في الاجنبي انه لا يملك الاعتراض عليها بعد البلوغ في الكفاة
فلم يملك التزويج قبله والعم بخلاف ذلك قال فان زوجهما الاب والجد
فلا خيار لهما يعني اذا بلغا وهو استحسان والقياس ان يثبت لهما الخيار ○
وجه الاستحسان القياس ان الصغيره ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها
فيثبت لها الخيار كالامه اذا اعتقت وجه الاستحسان ان النبي عليه السلام لم
يخيرعايشه رض عند بلوغها ولو كان الخيار حقا لها لاعلمها اياه قال
وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شا اقام

على النكاح وان شاءت فسخ وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا خيار
لها وجه قولهما ان العم قد تصرف عليها في المال وهو المهر ولا ولاية له في المال فلم ينفذ
تصرفه فيه ولا يمكن ان ينفذ تصرفه في المال الا بفسخ العقد الذي وجب المال فيثبت لها ذلك
وجه قول ابي يوسف رحمه الله انه يلي عليها في النكاح والمهر تبع بدليل انه يصح مع السكوت عنه
ولا ينفسد النكاح بفساده واذا ولي في المتبوع جاز ان يلي في التبع قال ولا ولاية
لعبد ولا صغير ولا مجنون وذلك لان كل واحد من هؤلاء لا يلي على نفسه فلا يلي
على غيره اولى قال ولا لكافر على مسلم وذلك لان الولاية تقتضي نفوذ قول
الانسان على غيره والكافر لا ينفذ قوله على المسلم الدليل عليه الشهادة قال
وقال ابو حنيفة رحمه الله يجوز لغير العصبات من الاقارب التزويج وهذا الذي ذكره مثل
الام والاخت والخالة وهو رواية ابي يوسف ومحمد رحمهما الله عن ابي حنيفة رحمه الله وروى عنه
الحسن رحمه الله انه لا يزوج الصغيرة غير العصبة وهو قول ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله وجه
الرواية الاولى عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المشهور من قوله انها قرابة يتعلق بها الارث تتعلق
بها ثبوت الولاية في النكاح اصله قرابة العصبة وقد روي عن علي رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه
مثل ذلك وجه الرواية الاخرى انه شخص لا تعصيب له ولا يعترض في الكفاءة فلا يكون
له ولاية في النكاح كالاجنبي وقد قال اصحابنا رحمهم الله اذا عدم الولي فالولاية الى الامام او
الحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له ولان التصرف في مصالح المسلمين الى الامام
والعقد على الصغيرة من ذلك فكان اليه وقد ذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الحاكم اذا زوج الصغيرة
فلها الخيار وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خيار لها وجه رواية الاصل ان ولاية العم اقوى
من ولاية الحاكم بدليل انه يتقدم عليه واذا ثبت الخيار في تزويج العم فالحاكم اولى وجه
الرواية الاخرى ان الحاكم له ولاية في المال فصار كالاب قال ومن لا ولي لها
اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز وذلك لانه عصبة له قول صحيح فصار
كالاب وقد قال ابو حنيفة رحمه الله ان لمولى الموالاة ان يزوج والاصل في هذا ان الولاية
في النكاح للاقرب فالاقرب ويكون الابعد مع الاقرب بمنزلة الاجنبي وذلك لان الولاية
اذا استحقت بالتعصيب فالابعد لا تعصيب له مع الاقرب وان استحقت بالميراث
فالابعد لا يرث مع الاقرب واذا ثبت هذا قال اصحابنا رحمهم الله اذا غاب الاقرب غيبة

منقطعة جاز للابعد ان يزوج وقال زفر رحمه الله لا يجوز وقال الشافعي يزوجها السلطان وجه
قول اصحابنا رحمهم الله قوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وهذه لها ولي بالاتفاق فلا يثبت ولاية
السلطان عليها وعلى زفر رحمه الله ان في تاخير النكاح الى قدوم الغائب او الولي واعتبار اذنه
ضررا على الصغيرة لان الكفو لا يتفق في كل زمان والولاية اذا كان في اعتبارها ضرر
سقطت اصله اذا جن الولي الاقرب او مات وجه قول زفر رحمه الله ان ولاية الاقرب
باقية مع غيبته بدليل انه لو زوج جاز واذا كانت ولايته باقية لم يجز للابعد ان يزوج كما لو كان
حاضرا والجواب ان الولاية انما تسقط لاجل الضرر الذي يكون بانتظاره واذا زوج
فقد زال الضرر فعادت الولاية قال والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل
في السنة الا مرة وهذا الذي ذكره هو الصحيح وذكره ابن شجاع وقد روي ان محمدا سئل
وهو بالكوفة عن ذلك فقال من ههنا الى البصرة وروي عنه ايضا مثل ما بين الكوفة والري
وعن ابي يوسف رحمه الله ما بين بغداد والري والصحيح ما ذكره ابن شجاع رحمه الله وذلك لان الخاطب
لا ينتظر اذن الولي المدة الطويلة لانه لا يعلم ايأذن ام لا وقد ينتظر المدة اليسيرة فجعلوا الحد
الفاصل بينهما سنة لان الظاهر من الخاطب انه لا ينتظر هذه المدة وجعلوا هذه المدة لطولها
بمنزلة المنقطع اذ ينقلوا الولاية عنه لذلك قال والكفاءة في النكاح معتبرة وهذا الذي
ذكره لا خلاف فيه بين اصحابنا وحكي عن الشيخ ابي الحسن انها غير معتبرة وهو كان قول مالك
لنا قوله عليه السلام قريش بعضها اكفاء لبعض والعرب بعضها اكفاء لبعض والموالي بعضها اكفاء
لبعض حي بحي وقبيلة بقبيلة وروى جابر رضي الله عنه ان النبي صلعم قال لا تنكح النساء الا من الاكفاء وفي
حديث علي رضي الله عنه ان النبي صلعم قال ثلث لا يؤخرن الايم اذا وجدت لها كفوا والذي روي عن النبي
انه قال ليس لعربي على عجمي فضل الا بالتقوى فانما اراد به في احكام الاخرة واحتج ابو الحسن
بان الكفاءة في الدماء غير معتبرة وقد اعتبر فيها من الاحتياط فلان لا تعتبر في النكاح اولى
والجواب ان الدماء لا تعتبر فيها الكفاءة في الدين بدليل انه يقتل المسلم بالذمي وذلك
معتبر في النكاح بالاجماع فاختلفا قال فاذا تزوجت المراة غير كفو فللاولياء ان يفرقوا
بينهما وذلك لانها عقدت عقدا الحقت بهم الشين والضرر فكان لهم دفع ذلك عن انفسهم ولا يمكن
ذلك الا بالتفريق والذي يؤكد ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لامنعن النساء ذوات الاحساب
تزوجهن الا من الاكفاء وقد قال اصحابنا ان هذه الفرقة لا تكون الا عند الحاكم لان التفريق

قوله والدين والمال اراد بالدين الزهد والصلاح

فيعلق بشرط لا يثبت فيه الدعوى يتوقف على نظر الحاكم فان ثبت عنده فرق لاجله ٥ وقد قال
ابو حنيفة رح اذا زوجها احد الاولياء من غير كفوء لم يكن للباقين الاعتراض وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله وبه قال الشافعي رح وقال بعضهم العقد فاسد اما الدليل على صحة العقد فلان
العقد تم برضا المعقود عليه فما يلحق غيره من الضرر لا يوجب فساد العقد كمن باع نصيبه
من دار على غير شريكه وجه قول ابي حنيفة رح في انه لا اعتراض للباقين هو ان الاعتراض
يثبت للاولياء لما يلحقهم من الشين وهذا معنى لا يتبعض واذا ثبت لجماعة فاسقط بعضهم
حقه سقط حق الجميع كالقصاص وجه قولهما ان الاعتراض حق لجماعتهم فاذا رضي احد
منهم فقد اسقط حقه وبقي حق الباقين كالدين المشترك اذا ابرأه منه بعضهم وهذا لا يصح لان هذا
يتصور فيما يتبعض فاما ما لا يتبعض فلا يصح ان يثبت حق بعضهم فيه دون بعض قال
والكفاءة تعتبر في النسب والدين والمال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة اما اعتبار النسب
فلقوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضها اكفاء لبعض الحديث ٥ وقد قال اصحابنا ان قريشا بعضها اكفاء
لبعض ادناها لاعلاها قال محمد رح الا ان يكون امرا مشهورا فيهما مثل البيت الذي فيه الخلافة
واما اعتبار الدين فهو قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الفسق المشهور به لا يؤثر وقال
محمد رح الدين غير معتبر الا ان يكون مستخفا كمن يسكر ويمشي في الاسواق ويسخر منه وجه
قول ابي حنيفة رح ما روي عن النبي عليه السلام انه قال تنكح المراة لمالها او جمالها او دينها فعليك بذات الدين
تربت يداك ولان المراة يلحقها شين بفسق الزوج اكثر مما يلحقها بنقصان نسبه فاذا منع نقص
النسب من الكفاءة فالفسق اولى وجه قول ابي يوسف رح ان الفسق اذا لم يظهر لا يلحق به
شين فاذا ظهر يلحق به الشين فاثر في الكفاءة وجه قول محمد رح ان الامير النسيب كفو للمراة
الدينة وان كان لا يبالي ما فعل ولا يلحقها شين فاما اذا صار مستخفا لحق به الشين فاثر في
الكفاءة واما اعتبار الدين المال فلانه مقصود بالعقد بدليل قوله صلى الله عليه وسلم تنكح المراة لمالها
او جمالها ولان عدم المال يؤثر اكثر مما يؤثر عدم النسب فكان بتاثيره في الكفاءة اكد واما قوله
وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة فلان المقصود بالعقد هو ذلك فاعتبر دون الزيادة
عليه قال وتعتبر في الصنايع وهذا الذي ذكره صحيح لان الحايك لا يكون كفوا
للبزاز وعن ابي حنيفة رح انه لا يعتبر ولا خلاف بين اصحابنا في ذلك في الحقيقة لان ابا حنيفة
اجاب ذلك على عادة العرب ان مواليهم يعملون الاعمال ولا يتصدون بها الحرف لانـ
بعيرون

بها واجاب ابو يوسف على عادة اهل البلاد يتخذون ذلك حرفة ويعيرون بالدني من
الصنايع فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة ٥ وقد قال اصحابنا ان من له اب واحد في الاسلام
لا يكون كفوا لمن له ابوان وقال الشافعي رح يكون كفوا وهذا لا يصح لان من اسلم بنفسه يقال
له مسلماني ويقال لابنه ابن المسلماني فيعيبونه لتاخره في الاسلام والمرجع في الكفاءة الى العادة
بدلالة نقصان المال ونقصان النسب قال واذا تزوجت المراة ونقصت من مهرها فللاولياء
الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رح حتى يتمم لها مهر مثلها او يفارقها وهذا الذي ذكره قول
زفر رح ايضا وقال محمد وابو يوسف ليس لهم الاعتراض عليها وجه قول ابي حنيفة رح ان في نقصان
المهر الحاق الشين بالاولياء وضرر على نسائها لانها اذا تطاولت لا يعلم ان ذلك نقصان
فيعتبر مهر نسائها بها فهو في ترك الكفاءة الحاق الشين فاذا ثبت لهم الاعتراض اذا ترك
الكفاءة فلان يثبت لهم الاعتراض للشين والضرر اولى وجه قولهما ان المهر حق لها تنفرد به
فكان لها النقصان منه كالثمن في البيع قال واذا زوج الاب ابنته ونقص من مهرها او ابنه وزاد في
مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا الذي ذكره قول زفر رح ايضا وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز ذلك واختلف قولهما هل يجوز العقد ام لا وقال الشافعي رح العقد جايز
والتسمية لا تصح فيجب للصغيرة مهر مثلها ويسقط ما زاد على مهر الصغير وجه قول ابي حنيفة رح
ان النبي عليه السلام زوج فاطمة رضي الله عنها عليا رض باربع مائة درهم ونحن نعلم قطعا ان مهر مثلها اكثر من ذلك
لان المعاني الموجبة لزيادة المهر كانت مجتمعة لها فلما زوجها بذلك دل على ان للاب ان ينقص
من المهر وقد تزوج عمر رض بنتها ام كلثوم باربعين الفا وانها اشرف منها فدل على ما قلناه ولان المقصود
بالنكاح الوصلة وشرف وحسن اخلاقه دون المال والاب لا يتهم في حقها فالظاهر انه حصل لها
من مقاصد العقد اكثر مما فوت عليها من المهر ولا يشبه الاب غيره لانه متهم عليها ولا يشبه هذا اذا باع
الاب لها شيئا ونقص من ثمنه انه لا يجوز لان المقصود من هذا العقد المال دون غيره فاذا فوته لم
يحصل المقصود وجه قولهما ان المهر مال من اموالها فاذا نقص منه الاب لم يصح كالثمن في
البيع وقد بينا الفرق بينهما قال ويصح النكاح اذا سمي فيه مهرا ويصح وان لم يسم فيه مهرا
اما جوازه مع التسمية فلقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فعلق الاباحة بشرط المال
ولانه عقد لا يقصد به التبرع فلا ينعقد الا بعوض هو مال اصله البيع واما جوازه مع عدم
التسمية فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة فحكم بصحة

الطلاق في نكاح لا مهر فيه والطلاق لا يقع الا في عقد صحيح فدل على ان عدم التسمية لا يمنع
صحة العقد ولما روي ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اُتي في امراة مات عنها زوجها ولم يكن
فرض لها شيئاً فقال عبد الله لها مهر مثل نسائها فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال
قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق بمثل ما قضيت فسر بذلك ابن مسعود رضي الله عنه
قال واقل المهر عشرة دراهم فان سمى اقل من عشرة فلها عشرة وقال الشافعي رضي الله عنه
المهر ليس بمقدر وما جاز ان يكون بدلاً في البيع واجرة في الاجارة جاز ان يكون مهراً
دليلنا قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فشرط في الاباحة ان تبتغى
بالاموال وهذا لا يطلق على القليل ولا على العشرة لولا قيام الدليل ولما روي جابر رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام قال لا تنكح النساء الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولانه احد
المسمين في عقد النكاح فجاز ان يدخله التقدير اصله عدد المنكوحات الذي روي
عن النبي عليه السلام انه قال من استحل بدرهمين فقد استحل يفيد وقوع الاستحلال وان سمي
درهمين وكذلك نقول الا انه يجب ان يتم لها العشرة وليس في الخبر ما ينفي ايجاب الزيادة
واذا ثبت ان اقل المهر عشرة دراهم فاذا سمى في العقد دون العشرة قال اصحابنا التسمية
صحيحة ويتم لها عشرة وقال زفر رحمه الله التسمية فاسدة ولها مهر مثلها وجه قولهم
ان ما دون العشرة تصح تسميته مع غيره فصح بانفراده كسائر الاموال واذا ثبت صحة
تسمية الخمسة كمل لها عشرة ولم يجب مهر المثل وجه قول زفر رحمه الله ان تسميته ما دون
العشرة لا يصح في النكاح وما لا يصح تسميته اذا سمي وجب مهر المثل كالخمر والخنزير
وانما قلنا انه يكمل العشرة لان العشرة لا تبعض في حكم العقد بدليل انه لا يثبت بعضها
دون بعض وما لا يتبعض فتسمية بعضه كتسمية كله اصله الطلاق قال ومن
سمى مهراً عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها وجملة ذلك ان البدل
في النكاح على ضربين احدهما يثبت بالتسمية والاخر من طريق الحكم وهو مهر المثل
وجميع ذلك يجب بالعقد وذلك لانه قد ملك عليها المبدل بالعقد فوجب ان يملك ما في مقابلته
كالبيع واذا ثبت ان المهر يجب بالعقد قال اصحابنا المسمى يستقر باحد ثلاثة اشياء
بالدخول وموت احد الزوجين والخلوة الصحيحة اما استقراره بالدخول فلانه
استيفاء للمعقود عليه فوجب ان يستقر به البدل اصله القبض في البيع واما استقراره

موت احد الزوجين فلان الموت قد اجري مجرى الدخول بدليل وجوب العدة فاذا استقر المهر
بالدخول فكذلك بالموت الذي اجري مجراه واما استقراره بالخلوة الصحيحة فنبيّن فيما
بعد قال فان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى وذلك لقوله تعالى
وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم قال فان تزوجها
ولم يسم لها مهراً او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات
عنها اما وجوب مهر المثل عند عدم التسمية فلما روي ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اُتي
في امراة مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها شيئاً ولم يدخل بها فقال عبد الله اقول فيها
برأيي فان يكن خطاء فمني وان يكن صواباً فمن الله لها صداق مثلها وعليها العدة
ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع
بنت واشق الاشجعية مثل ما قضيت ففرح بذلك ولان البضع اجمعوا انه لا يستباح بالاباحة
وقد ملك البضع في هذا العقد بغير بدل مسمى فوجب لها قيمة البضع وهو مهر المثل ○
وقد قال اصحابنا ان مهر المثل يستقر بما ذكرنا ان المسمى يستقر به للمعنى الذي ذكرناه
وقد قال اصحابنا اذا تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر المثل ايضاً وقال الشافعي
اذا مات احدهما قبل ان يدخل بها فلا مهر لها وانما يجب المهر في هذه المسئلة بالدخول
لا بالعقد وهذه مسئلة المفوضة وهذا لا يصح لحديث معقل بن سنان ولم يفصل بين ان
تسكت عن مهرها او تعقد على ان لا مهر والدليل على ان العقد يجب مهر المثل ان لها
ان تخاصم الزوج وتطالبه بفرض المهر وتملك ان تحبس نفسها وتمنع حتى يفرض لها ويعطيها
ولو لم يجب البدل لم تملك حق الحبس فان قيل انها تحبس نفسها ليفرض لها قيل له لو ملك
عليها المعقود عليه بغير بدل لم يثبت حق الحبس كما لا يثبت للواهب واذا ثبت ان مهر
المثل وجب بالعقد وجب ان يستقر بالموت كالمسمى فان قيل لو وجب مهر المثل بالعقد
لتنصف بالطلاق قبل الدخول قيل له الطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه الى ملك
العاقد والموت تلف المعقود عليه على ملك العاقد فصار الطلاق كفسخ البيع والموت
كتلف المبيع بعد القبض ولا يجوز ان يستدل بسقوط البدل في احد الموضعين على سقوطه
في الموضع الاخر قال فان طلقها قبل الدخول فلها المتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها
اما وجوب المتعة خلاف ما قاله مالك رحمه الله انها مستحبة بقوله ومتعوهن على الموسع قدره وعلى

نص الطلاق قبل الدخول على النصف

المتبر قدره والامر على الوجوب ثم قال حقًا على المتقين والحق يقتضي الوجوب واما تقدير المتعة فقال اصحابنا بثلاثة اثواب درع وخمار وملحفة وقال الشافعي رحمه الله بثلاثين درهما وقدر ذلك ثلاثة اثواب عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وقال ابن عباس اربع المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة ثم دون ذلك النفقة والدليل على ما قلناه قوله تعالى متاعًا بالمعروف وهذا اسم العروض ولان الجامه نظيرًا في النكاح وهو الكسوة وليس الاثمان الطيب من الدراهم نظير فكان الحاق ما له نظير اولى قال وان تزوج المسلم على خمر او خنزير فالنكاح جايز ولها مهر مثلها اما جوازه خلافًا لما قاله فلان فساد المهر لا يوجب فساد العقد ولو اوجب فساده لفسد بالسكوت عنه كالثمن في البيع واذا صح العقد وكان المسلم لا يجوز ان يملك الخمر ولا يملكها سقط ذكرها فكانه تزوجها بغير مهر فيجب مهر المثل قال

الدخول: وان تزوجها ولم يسم لها مهرًا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها المتعة اما ثبوت التسمية فلقوله عليه السلام أدوا العلائق قيل يا رسول الله وما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون ولم يفصل ولانها تسمية صحيحة مع بقاء العقد فوجب ان تستقر بالدخول اصله اذا كان في نفس العقد واما اذا طلقها قبل الدخول فلها المتعة وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها نصف المسمى وبه قال الشافعي رحمه الله لنا ان عقد النكاح خلا من تسمية فوجب ان تثبت لها بالطلاق قبل الدخول المتعة اصله اذا لم يفرض لها ولانه بدل لم يسم في العقد فلا يتبعض بالطلاق كمهر المثل وجه قول ابي يوسف قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولم يفصل والجواب ان هذا خطاب للازواج في احال ملكوا الطلاق وذلك عقيب النكاح والفرض هناك لا يكون الا في حال العقد فلم يجز حمل الاية على فرض يوجد بعد ذلك قال فان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة وقال زفر لا تلحق بالعقد وهي هبة ان قبضت

المراد: ملكت وبه قال الشافعي رحمه الله لنا قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فلا يخلو اما ان يكون المراد به النقصان او الزيادة او الهبة ولا يجوز ان يراد به الحط لان ذلك لا يقف عليها خاصة لا على التراضي ولا يجوز ان يراد به الهبة المبتداة لان ذلك لا تعلق له بالفرض فلم يبق الا ان يكون المراد به الزيادة ولانه تغيير لصفة المهر فتعلق به الاستحقاق كالحط واذا ثبت انها تلزم بالعقد استقرت بالدخول وجه

قول زفر ان الاستباحة في ملكه فلا يصح بذل العوض عن ملكه قلنا يبطل اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض ويبطل ايضًا بالعوض عن الهبة بعد عقدها قال وتسقط بالطلاق قبل الدخول وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها نصف الزيادة وجه قولهم المشهور ان الزيادة تلحق بالعقد وتصير كالموجود فيه فتبعض بالطلاق قال وان حطت عنه من مهرها صح الحط وذلك لان العقد على ملكها بدليل انه يجوز خلعها فاذا حطت لحق بالعقد كالحط في حال العقد قال واذا خلا الزوج بامراته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال مهرها وهذا الذي ذكره صحيح وذلك لان المهر عندنا يستقر بالخلوة الصحيحة وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم وقال في قول اخر لها نصف المهر دليلنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال من كشف خمار امراة ونظر اليها وجب لها الصداق دخل بها او لم يدخل وكشف الخمار لا يكون الا في الخلوة وقد عبر بذلك عنها وعن علي وعمر رضي الله عنهما انهما قالا انما قالا اذا اغلق بابا وارخى سترًا وجب المهر وعن ابن عمر ومعاذ وزيد بن ثابت رضي الله عنهم مثله ولان التسليم المستحق بالعقد قد وجد فوجب ان يستقر البدل اصله التخلية في العقار فان قيل قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم قيل له المس لا يعبر به عن الوطي في اللغة وانما زعم المخالف انه كناية عن الوطي ونحن نقول انه كناية عن الخلوة لان الانسان لا يمس امراته في العادة الا في الخلوة فليس ما يقوله اولى مما نقوله فان قيل انه طلاق قبل الاصابة فوجب ان يعود اليه نصف المهر كما لو كان قبل الخلوة قيل له قبل الخلوة لم يوجد التسليم المستحق عليها ولا استوفى الزوج المعقود عليه فلم يستقر البدل وههنا وجد التسليم المستحق بالعقد فصار كما لو سلمت نفسها فوطيها قال فان كان احدهما مريضًا او صايمًا في رمضان او محرمًا بحج او عمرة او كانت حايضًا فليست خلوة صحيحة والاصل في هذا ان الخلوة الصحيحة التي يستقر بها المهر هي ان تسلم نفسها وليس هناك مانع من الوطي والمانع على ضربين مانع من طريق المشاهدة مثل ان يكون هناك ثالث او يكون احدهما مريضًا مرضًا يمنع الجماع وذلك لان التسليم المستحق بالعقد لم يوجد الا ترى انه يوجد في العقد تسليم على غير هذه الصفة فصار كالبايع اذا خلى بين المشتري وبين السلعة وهناك مانع للمشتري منها وعلى هذا المرض لانه يجاوز اليه فيوجب التسليم

الذي يمكن معه الوطي واما المانع من طريق الحكم فمثل الحيض والاحرام والصوم في رمضان
لانه مانع من جهة الدين والمنع من جهة الدين اقوى من المنع من جهة الادمي فهو اولى
ان يمنع من استقرار المهر واختلفت الرواية في صوم غير رمضان كالتطوع والنذر
والكفارة وقضاء رمضان فقال في الرواية الصحيحة انه لا يمنع الخلوة لان ما يجب بالفطر منه
قربة وهو القضاء خاصة وليس كذلك صوم رمضان لانه يجب بالفطر فيه القضاء والكفارة وفي
المعنى سوى بين فرض الحج ونفله لان الكفارة تجب فيهما والقضاء وهو ضرر كبير وقال في الرواية
الاخرى نفل الصوم كفرضه لانه منهي عن الفطر فيهما من غير عذر فصار كالحج وقد قالوا لو خلا
بامراته في المسجد او طريق او صحراء فليست بخلوة لانه يجوز ان يحضر ثالث وقد قالوا لو
خلا بها على سطح لا حجار عليه فليس بخلوة لانه لا يامن ان يطلع عليه غيره فهو كالصحراء
وقد قالوا لو خلا بها ومعه في البيت اعمى او نائم فليس بخلوة لان الاعمى يحس والنائم
قد ينتبه ولو خلا بها ومعه امراة اجنبية لم تكن خلوة لانه لا يحل له النظر اليها بحضرتها
من الوطي واما حضور الصبي والمعتوه فان كانا يعقلان فليس بخلوة لانه لذلك يمنع الوطي
وان كانا لا يعقلان فهي خلوة صحيحة قال واذا خلا المجبوب بامراته فلها كمال المهر
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لها نصف المهر وجه قول ابي حنيفة ان عقد النكاح
يوجب التسليم وليس في هذا العقد تسليم يرجى الا على هذا الوجه فكان هو التسليم المستحق
فاستقر به البدل وجه قولهما ان الجب يتيقن معه عدم الوطي اكثر مما يتيقن مع المرض
فاذا منع المرض صحة الخلوة فالجب اولى وقد قالوا جميعا في الخصي والعنين ان خلوتهما
صحيحة لان الوطي يوجد منهما كما يوجد من غيرهما قال وتستحب المتعة لكل مطلقة
الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول وسمى لها مهرا والكلام في المتعة في مواضع
منها انها واجبة وقد دللنا عليه فيما تقدم ومنها ان المتعة لا تجب عندنا الا لمطلقة واحدة
وهي التي طلقها قبل الدخول والتسمية وقال الشافعي في الجديد لكل مطلقة المتعة
الا التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا ويستوي الحال في المدخول بها والدليل
على انه لا متعة لها انها استحقت كمال المهر فلا تجب لها متعة كالمتوفى عنها زوجها ولان
المطلقة قبل الدخول تستحق نصف المهر ولا متعة لها فالتي تستحق كمال المسمى اولى
ان لا يكون لها متعة فان قيل قال الله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف وهو عام قيل

قوله تعالى وللمطلقات يقتضي التعريف والمعهود هي التي ذكرها في قوله لا جناح عليكم
ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة والدليل على انها مستحبة للمدخول
بها قوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وكن مدخولا بهن ولما روي
ان رجلا طلق امراته بعد الدخول فقال له شريح متعها فامتنع فقال له ان كنت من المتقين
فمتعها ولم يجبره على ذلك وقد قال اصحابنا ان المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل
ولا تنقص من خمسة دراهم لان المتعة وجبت على وجه التخفيف واول ما يجب في عقد
نصف المهر فوجب ان تنقص عنه وانما لم تنقص عن خمسة دراهم لان المتعة لا تجب على وجه
العوض واقل عوض يستحق بالنكاح نصف العشرة وقد قال الشافعي تجب على الزوج
بالعدة ما بلغت وهذا لا يصح لانه يودي الى ان يجب للمطلقة قبل الدخول اكثر مما يجب
لها لو دخل بها وهذا لا يصح اصله التي سمى لها فان قيل قال الله تعالى وعلى الموسع قدره
قيل له ايجاب المتعة بحسب حاله لا يمنع من ان يعتبر حال المراة كما ان الله اوجب النفقة
بحسب حال الزوج ويعتبر في ذلك معها اركانها قال واذا زوج الرجل ابنته على ان
يزوجه الرجل اخته او ابنته فيكون احد العقدين عوضا عن الاخر فالعقدان جائزان
ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي العقدان باطلان ولو قال زوجتك اختي
على ان تزوجني اختك جاز العقدان بلا خلاف لنا قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو
عام ولانه نكاح مؤبد فلا يبطله الشرط اصله اذا قال زوجتني ابنتك على ان احمل
[illegible] او يتزوجها على انه لا يخرجها من بلدها فان قيل روي عن النبي عليه السلام
انه نهى عن الشغار وروي لا شغار في الاسلام والنهي يوجب فساد المنهي عنه
قيل له الشغار هو بذل احد المرأتين بالاخرى فيكون نكاح كل واحدة منهما صداقا
للاخرى وهذا منهي عنه عندنا لا يجوز ان يصح على هذا الوجه بل ينعقد كل
واحد من العقدين عندنا بمهر صحيح ويبطل ما سمياه من الشغار فان قيل
اذا ملك الرجل البضع ثم جعله مهرا لابنته فقد اشترك بينهما فصار كما لو
زوجها من اثنين قيل له هذا غلط لان الاب ملك الزوج البضع ثم جعله مهرا
بضع ابنته وجعل مهرها منفعة وصلت اليه ما التزوج فكانه قال زوجتك
ابنتي على ان تهب لي هذا الثوب فيصح العقد ولا يفسد بالشرط كذلك هذا

واذا ثبت ان العقد بين جايزان وانما يبطل ما جعلاه صداقًا فاتى العقد بغير صداق فوجب
مهر المثل قال وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القران فلها
مهر مثلها وقال الشافعي رح كلما يجوز اخذ العوض عنه فانه يكون مهرًا دليلنا
ان منفعة الحر ليست بمال ولا يستحق بتسليمها تسليم مال فلا يكون مهرًا كمنفعة البضع
واما تعليم القران فلانه ذكر واجب فتعليمه لا يكون مهرًا كتعليم الشهادتين
فان قيل انها منفعة يجوز اجارتها فجاز ان يجعل صداقًا كمنفعة العبد قيل له منفعة
العبد يتعلق حق الغرماء بها فجاز ان يكون مهرًا ومنفعة الحر لا يتعلق بها حق الغرما
فلم يكن مهرًا فان قيل روى عن النبي عليه انه قال في قصة الواهبة زوجتكها بما
معك من القران قيل له لا دليل فيه لانه قد روي في بعض الاخبار انه قال هذا
لك ولا يحل لاحد بعدك ولانه قال بما معك من القران وما معه لا يكون مهرا بالاتفاق
وانما عندهم يكون مهرًا اذا شرط تعليمها سورة بعينها وقد روي ابن انه
لو تزوجها على ان يرعى غنمها سنة صح والصحيح على رواية الاصول انه لا يصح
كما لا يصح في الخدمة قال فان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته سنة جاز لان
منافع العبد يستحق بتسليمها تسليم مال وهو الرقبة فجاز ان يكون مهرًا
كما لو تزوجها على مال قال واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها
ابنها عند ابي يوسف رح وقال محمد ابوها وجه قول ابي يوسف رح ان الابن هو العصبة
والاب معه ذو سهم فصار كالاخ لام مع الاخ من الاب والام وقد روي عن ابي
يوسف رح ايضًا انه قال ايهما زوج جاز وان اجتمعا قلت للاب زوج لان الابن
منهي عن التقدم على ابيه وجه قول محمد رح ان الاب من قومها والابن من غير
قومها فكان الاب اولى ولان الاب اولى بالتصرف في مالها فصار كالاب والاخ
قال ولا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما اما الامة فلان منافع
بضعها على ملكه فلا يصح عقدها عليها الا باذنه كتأ بيد املاكه واما العبد فلا يصح
عقده ايضًا وقال مالك يصح لنا قوله صلى الله عليه ايما عبد تزوج بغير اذن
مولاه فهو عاهر ولانه عقد فيه عوض فلا يملكه العبد بغير اذن مولاه كالبيع قال
واذا تزوج العبد باذن فالمهر دين في رقبته يباع فيه وذلك لانه دين لزم

العبد بسبب يثبت في حقه وحق مولاه وهذا على اصلنا ان العبد يباع في ديونه
فاما المدبر والمكاتب فيسعون في المهر لان دين العبد يستوفى من رقبته وقد تعذر
الاستيفاء من الرقبة بالتدبير والكتابة فلم يبق الا ان يستوفى من الكسب فاما
ما لزم العبد من ذلك بغير اذن مولاه فانه يتبع به بعد العتق لانه دين تعلق
بسبب لم يثبت في حق المولى فصار كالدين الذي اقر به العبد قال
واذا زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال
للزوج متى ظفرت بها وطئتها وذلك لان المولى عقد على منافع بضعها ومنافع
له فلو لزمته التبوئة لاستحق عليه منافع اعضائها ولم يعقد عليها وذلك لا
يجوز والتبوئة ان يخلي بين الزوج الامة وبين زوجها في منزله ولا يستخدمها
واذا ثبت انه لا يلزمه التبوئة وحق الزوج ثابت في منافع البضع قيل له استوفها
اي وقت قدرت عليها قال واذا تزوجها على الف درهم على ان لا يخرجها من
البلد او على ان لا يتزوج عليها فان وفا بالشرط فلها المسمى وان تزوج عليها
او اخرجها فلها مهر مثلها يعني اذا كانت التسمية اقل من مهر المثل وقال
زفر رح ليس لها الا ما سمى وجه قول اصحابنا رح انها لم ترض بالتسمية عوضًا
الا بمنفعة اخرى فاذا لم تسلم لها وجب تمام مهر مثلها كما لو شرطت ان يهدي لها
هدية وجه قول زفر رح ان ما ليس بمال لا يتقوم فلا يجب الرجوع بعوض عند فواته
وما هو مال متقوم فاذا لم يسلم لها جاز ان ترجع التسمية الى تمام العوض قال
واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه وقال الشافعي رح
التسمية باطلة ولها مهر مثلها اما الدليل على جواز التسمية فلانه بدل عما ليس بمال
فاذا ثبت الحيوان في الذمة جاز ان يثبت مطلقًا كالديات ولان جهالة العبد
الوسط كجهالة مهر المثل او اقل فاذا كانت تلك الجهالة لا تمنع صحة البدل فكذلك هذه
فان قيل تسمية مجهولة فلا تثبت في النكاح كالدار والثوب قيل له الثوب مجهول
الجنس والصفة ومهر المثل مجهول القدر معلوم الصفة فكان الرجوع الى مهر المثل
اعدل وفي مسئلتنا الجنس معلوم وانما الجهالة في الصفة وهذه الجهالة دون جهالة
مهر المثل الا ترى ان القاضي لا يحتاج الى اكثر من اعتبار اعلى العبيد وادونها ليوجب

الوسط وفي مهر المثل يحتاج الى اعتبار مهور نسايها ثم يعتبر الوسط فلو اشتغلنا
عن المسمى المجهول لاشتغلنا الى ما هو اكثر جهالة وهذا لا يصح والخيار في ذلك الى الزوج
لان الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا ترى ان مستهلكه لا يلزمه مثله
فيخير من لزمه بين تسليمه وتسليم قيمته كالدية قال ولو تزوجها على ثوب
غير موصوف كان لها مهر مثلها وذلك لان الجهالة في الاعواض تمنع صحة العوض
بدلالة البيع والاجارة وانما سومح في المهر بقدر من الجهالة الا ترى ان النكاح الصحيح
يثبت فيه مهر المثل وهو مجهول ضرب من الجهالة فكل جهالة في المهر كجهالة مهر المثل
او اقل فهو مسموح بها وكل جهالة تزيد على جهالة مهر المثل فانها تمنع صحة التسمية
قياسا على ساير الابدال واذا ثبت هذا الاصل قلنا جهالة ثوب اكثر من
جهالة مهر المثل لان الثوب يقع على القطن والكتان والخز والابريسم وهي
مختلفة وانواعها مختلفة وهذه الجهالة اكثر من جهالة مهر المثل فمنعت من
صحة التسمية واذا بطلت التسمية وجب مهر المثل لانه موجب العقد وانما
ينتقل عنه بالتسمية الصحيحة ولم يوجد قال ونكاح المتعة والنكاح
المؤقت باطل اما بطلان المتعة فلما روي

روي عبد الله والحسن ابنا محمد بن الحنفية عن ابيهما رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم يوم
خيبر متعة النسا ولحوم الحمر الاهلية وروي علي بن الحسين عم ان النبي عليه السلام اباحها ايام وقت
وروي ان عمر بن الخطاب عم صعد المنبر فحمد الله واثنى عليه ثم قال ما بال رجال ينكحون هذه المتعة
وقد نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اجد احدا ينكحها الا رجمته بالحجارة واما اذا تزوج امراة
مدة معلومة فالنكاح ايضا باطل وهذه المتعة وقال زفر رحمه الله النكاح جايز وهو مؤبد والشرط
باطل لنا انه لا يخلو اما ان يصح العقد في المدة دون غيرها وهذا معنى المتعة او يصح في المدة و
بعدها فيستحق البضع عليها بغير رضاها وهذا لا يصح ولان المتعة هو الاستمتاع الموجل وهذا
موجود وان عبر عنه بلفظ النكاح والعقود لا تختلف باختلاف الالفاظ اذا وجدت معانيها
وجه قول زفر رحمه الله انه نكاح شرط فيه شرط فاسد فلا يبطل كما لو تزوجها على ان يطلقها بعد عشرة
ايام وهذا لا يصح لانه ابد النكاح وانما شرط قطعه بذكره الطلاق والنكاح المؤبد لا تبطله
الشروط قال وتزوج العبد والامة بغير اذن مولاها موقوف فان اجازه المولى جاز وان
رده بطل وكذلك لو زوج رجل امراة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه يعني انه يقف على الاجازة
وقال الشافعي رحمه الله لا يقف ولا ينعقد لنا ما روي عروة بن الزبير عن ام حبيبة عم ان النجاشي
زوجها بالحبشة من رسول الله صلى الله عليه وسلم على صداق اربعة الاف وكتب بذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقبل ذكره ابو بكر الرازي رحمه الله باسناده عن ابي داود فان قيل روي ان عمرو بن امية الضمري
قبل عن النبي صلى الله عليه وسلم وكان وكيلا له وجهه الى الحبشة في نكاحها قيل له لو كان كذلك لم يحتج
النبي عليه السلام الى القبول ولانه عقد له مجيز حال وقوعه فجاز ان يقف على اجازة مجيزه اصله الوصية
بجميع المال ولان الايجاب والقبول كل واحد منهما يقف على الاخر فجاز ان يقفا على معنى يتعلق بهما
كشهادة الشاهدين لما وقفت شهادة كل واحد منهما على شهادة الاخر جاز ان يقف شهادتهما
على فعل الحاكم فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها
باطل قيل له لا دليل فيه لانه ابطل العقد لاستبدادها على الولي وترك الرجوع اليه والى اذنه
وهذا يقتضي انه اذا رضي به واذن فيه بعد انعقاده صح لزوال المعنى الموجب لبطلانه فان قيل
انه نكاح لا يتعقبه الاستباحة فوجب ان يكون باطلا كنكاح المعتدة قيل له هذا يبطل

ونكاح المتعة صورته ان يقول الامراة خذي هذه العشرة [illegible] او لاستمتع بك بمع
لاتمتع بك او تمتعيني نفسك كذا من المدة
وصورة نكاح الوقت ان تتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام قالوا فالفارق بينهما انه ذكر لفظ التزويج في النكاح الوقت دون المتعة

بمن تزوج بصغيرة فالعقد صحيح ولا يتعقبه الاستباحة فوجب ان يكون باطلاً والمعنى في
الاصل ان العقد لا يبيح بالتراضي فلم يصح بغير رضا وفي مسئلتنا يبيح العقد اذا قارنه الرضا
كذلك اذا تأخر عنه واذا ثبت ان العقد اذا عقده من لا يملكه وقف على من يملكه قلنا العبد
والامة لا يملكان العقد بغير اذن المولى فاذا عقدا وقف على المولى فاذا اجازه جاز واستند
اجازته الى العقد وصار كان عقد باذنه وكذلك الاجنبي اذا زوج رجلاً او امراة بغير اذنهما
وقد قال اصحابنا اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه ودخل بها ثم اجاز المولى النكاح فالقياس
ان يلزمه مهر بالدخول ومهر بالاجازة وذلك لان الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح
الفاسد يجب به مهر المثل فاذا اجاز العقد وجب بالعقد الصحيح مهر اخر فصار كمن تزوج امراة
نكاحاً فاسداً ودخل بها ثم تزوجها نكاحاً صحيحاً فيلزمه مهران وفي الاستحسان لا يلزمه الا
مهر واحد لان مهر المثل لو وجب لتعلق بحكم العقد الا ترى انه لولا العقد لوجب به
الحد والمسمى يجب بالعقد ايضاً فلو اجتمعا لاوجب العقد الواحد مهرين وهذا لا يصح
قال ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وهذا الذي ذكره صحيح والنكاح ينعقد عندنا
بالواحد وكذلك اذا وكل رجل رجلاً ان يزوجه امراة ووكلته المراة بذلك نعقد لهما جاز ٥
وقال زفر لا ينعقد النكاح بالواحد وقال الشافعي ان كان ولياً لهما جاز مثل الجد يزوج بنت
ابنه من ابن ابنه فان كان وكيلاً لم يجز دليلنا قوله تعالى وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى
فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى قالت عايشة نزلت هذه الاية في شان اليتيمة تكون في حجر
وليها فيرغب في مالها ولا يقسط لها في مهرها فنهوا ان ينكحوهن او يبلغوا بهن اعلا سنتهن
في الصداق وهذا يدل على جواز تزويج ابن العم ابنة عمه من نفسه ولما روي ان النبي عم
اعتق صفية بنت حيي وتزوجها وجعل عتقها صداقها واضاف العقد اليه وهو وليها بالولاية
ولانه يملك ايجاب النكاح وقبوله فجاز ان ينفرد بعقده كالمولى اذا زوج امته من عبده والجد اذا
زوج بنت ابنه من ابن ابنه فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه انه قال كل نكاح لم يحضره اربعة
فهو سفاح الولي والخاطب والشاهدان قيل هذا الخبر مطعون في روايته ولو صح فالمراد به كل نكاح
لم يحضره اربعة موصوفون بهذه الصفة فاذا اجتمعت الصفتان في واحد فقد حضر اربعة

ونقف على اجازتها

ثبت ذلك قوله عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت الفرايض فلاولى عصبة ذكر ثم جاز ان
يستحق الواحد الفرض والتعصيب لاجتماع الصنفين فيه ولم يوجد العدد فكذلك هذا وانما
ذكر العدد لان الغالب ان الولي غير الزوج فخرج الكلام على الغالب وجه قول زفر ان العقد
لا ينفرد به الواحد كالبيع قال واذا اذنت المراة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين
جاز وهذا على ما بينا ان عقد النكاح يجوز ان يعقد بالواحد اذا ملك الايجاب والقبول قال واذا
ضمن الولي المهر صح ضمانه وللمراة الخيار في مطالبة زوجها او وليها وذلك لانه دين لها لا يملك الولي
قبضه الا باذنها فصح ضمانه كما يرد تونها ولانه لما لم يملك قبضه الا باذنها صار كالاجنبي ولو
ضمن المهر اجنبي صح وكان للمراة مطالبته او مطالبة الزوج كذلك هذا ولا يشبه هذا الوكيل بالبيع
اذا ضمن الثمن عن المشتري انه لا يجوز لان حقوق البيع تتعلق بالوكيل والثمن من حكمه ان يكون امانة
في يد الوكيل فاذا ضمن صار مضموناً وهذا ضد الامانة فلم يصح وفي النكاح حقوق العقد لا تتعلق
بالولي فلا يؤدي الى ذلك قال واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول
فلا مهر لها وذلك لقوله صلى الله عليه ايما امراة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان
دخل بها فلها المهر بما استحل فبين ان المهر يستحق في النكاح بالدخول دون العقد ولان العقد
الفاسد لا يملك به الاستباحة فلزم القاضي ان يفرق بينهما قبل الدخول ليلا يؤدي الى ارتكاب محظور
اغترارا بالعقد فاذا فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لان البضع لم يملكه الزوج بهذا العقد
فلا يجب لها شي في مقابلته وكذلك بعد الخلوة وذلك لان الخلوة انما توجب استقرار البدل في
العقد الصحيح لانها موجبة بمكان الوطي والعقد الفاسد لا يجب به بدل فيستقر بالخلوة ولان العقد
الفاسد ايضاً لا يوجب الخلوة فكان وجودها كعدمها قال فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد
على المسمى اما وجوب المهر فلقوله صلى الله عليه فلها المهر بما استحل من فرجها ولانه اتلف المعقود عليه
بعقد فاسد فلزمه قيمته كالمشتري اذا اتلف المبيع بعقد فاسد واذا لزمه قيمة البضع فقيمة
البضع هو مهر المثل واما قوله لا يزاد على المسمى فهو قول اصحابنا وقال زفر يجب مهر المثل
بالغاً ما بلغ وبه قال الشافعي وجه قول اصحابنا ان المنافع عندنا لا تتقوم الا بعقد او
شبهة وقد قوماها بالمسمى وما زاد عليه قد تراضيا باسقاطه فلم يجب كما لو تراضيا باسقاط

جمع الفقه رحمه قول زفر انما وجب تقويمه بالعقد الصحيح والفاسد فانه يجب تقويمه بالعقد الفا
قيمة كاملة اصلها الاعيان والجواب ان الاعيان متقومة بانفسها فلا معتبر بالعقد في تقويمها
والمنافع غير متقومة بنفسها وانما تتقوم بالعقد فوجب اعتبار المقدار الذي قومه دون ما
زاد عليه قال وعليها العدة وذلك لانها تستحق المهر فلزمتها العدة كالعقد الصحيح قال
ويثبت نسب ولدها وذلك لانها تستحق المهر وتلزمها العدة فيثبت نسب ولدها اصله من عقد عليها
عقد صحيح قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات عمها ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم
يكونا من قبيلتها وذلك لانها من قوم الاب وقيمة البضع الا ترى انها تشرف بشرف ابيها دون
شرف امها فكان الاعتبار بمن هو من قبيلة الاب من نسائها قال ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى
المرءتان في السن والجمال والمال والدين والعقل والبلد والعصر وذلك لان صفات المراة يراد في المهر لاجلها
فكانت معتبرة كما تعتبر صفات السلعة المقصودة عند تقويمها واما اعتبار البلد والعصر فلانه يعتبر
نساؤها في بلدها وعصرها وذلك لان هذا تقويم للبضع والتقويم يعتبر بالموضع الذي يقع فيه التقويم
وبالعصر ايضا اصله السلعة المستهلكة قال ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية اما
الامة المسلمة فلا خلاف في جواز نكاحها ولانها مسلمة فجاز للمسلم تزويجها كالحرة واما الامة
الكتابية فقال اصحابنا يجوز للمسلم ان يتزوجها وقال الشافعي لا يجوز وهل يجوز للكافر ان
يتزوجها فيه وجهان لنا قوله تعالى بعد ذكر المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم
محصنين غير مسافحين ولم يفصل ولانه يجوز وطيها بملك اليمين فجاز للمسلم وطيها كالامة المسلمة فان
قيل امة كافرة فلا يجوز للمسلم تزوجها كالمجوسية قيل له المجوسية لا يجوز وطيها بملك اليمين
ولا يحل اكل ذبيحتها فلم يصح نكاحها والكتابية بخلاف ذلك قال ولا يتزوج امة على حرة ويجوز
تزويج الحرة عليها والاصل في ذلك ما روى علي عن النبي عليه السلام انه قال لا تنكح الامة على الحرة قال
عليه السلام وتنكح الحرة على الامة وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث قال وللحر ان يتزوج اربعا
من الحرائر والاماء اما جواز اربع من الحرائر فلقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث
ورباع معناه او ثلث او رباع ولا يجوز ان يحمل ذلك على الجمع لانه يجيء في الكلام قال الفراء
هذا على التفصيل فيه لان العرب اذا ارادت ان تعبر عن التسعة لا تقول مثنى وثلث

ورباع وليس في كلام الحكيم واما جواز نكاح الحر لاربع من الاماء فلان الشافعي قال انه لا يجوز اكثر
من واحدة فلقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم
ولم يفصل ولان من جاز له ان يتزوج امة جاز له ان يتزوج امتين اصله العبد فان قيل قال
الله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فشرط في جواز نكاح الامة خوف الزنا ومن تزوج واحدة
فقد امن من الزنا فلا يجوز له تزويج الثانية قيل له اذا كانت تحته امة فمال الى اخرى وخاف على نفسه
فهو خائف العنت لان ظاهر الاية يقتضي انه اذا خاف العنت جاز ان يتزوج اربعا في عقد واحد فقد
اشتركا في الدليل قال ولا يتزوج العبد اكثر من اثنتين لما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا يتزوج العبد
اكثر من اثنتين فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يكن له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها المطلقة
وقال الشافعي يجوز ولا خلاف انه لا يجوز اذا كان الطلاق رجعيا دليلنا ما روي عن سليمان بن يسار
ان خالد بن عقبة كان تحته اربع نسوة فطلق احداهن ثم تزوج اخرى فاستشار مروان اصحاب رسول الله صلى الله عليه
في ذلك وكانوا متوافرين ففرق بينهما وروي في هذه القصة ان مروان ارسل الى زيد بن ثابت
يساله عن ذلك فقال لا ينبغي له ذلك لانه ان مات اعتدت منه خمس نسوة وعن علي وابن مسعود
مثل قولنا ولان نكاح حرم حال العدة من طلاق رجعي حرم حال العدة من طلاق بائن اصله
الجمع بين الاختين فان قيل انها اجنبية بدليل انها لا تحل له الا بنكاح جديد فوجب ان لا يمنع من
تزويج سواها لاجلها كسائر الاجانب قيل له لا نسلم انها اجنبية بدليل انها محبوسة لاجله عن
الازواج وتجب عليه نفقتها والمعنى في الاجنبيات انهن لم يحبسن لاجله عن الازواج لم يحبس
هو لاجلهن ولما حبست المعتدة في مسئلتنا لاجله عن الازواج جاز ان يحبس عن غيرها لاجلها كالمطلقة
الرجعية ○ وقد قال اصحابنا يجوز للحر ان يتزوج الامة مع قدرته على المال الذي يتزوج به حرة
وقال الشافعي لا يجوز تزويج الامة الا بشرطين عدم الطول وخوف العنت وهو الزنا لنا انه
ليس في حبسه حرة فاذا جاز له التزويج جاز ان يتزوج الامة اصله الفقير ولان من جاز له ان يتزوج
امة اذا لم يقدر على نكاح حرة جاز وان قدر على نكاح حرة اصله العبد اذا اذن له مولاه في
التزويج فان قيل قال الله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت
ايمانكم ثم قال ذلك لمن خشي العنت منكم فاباح الله تعالى نكاح الامة بشرطين فلا

تجوز عند عدمهما قيل له هذا حكم قد علق بشرط ومن اصلنا ان الحكم اذا علق بشرط لا يدل على
نفي ما عداه وانما ثبت به حكم المذكور خاصة ولو جوزنا ذلك ايضا لم يكن في الاية دليل
لان قوله فمما ملكت ايمانكم امر واقل احواله ان يحمل على الندب وعندنا الاستحباب في نكاح الامة
الا اذا خاف العنت وعدم الطول قال واذا زوج الامة مولاها ثم اعتقت فلها الخيار
كان زوجها او عبدا وقال الشافعي ان كان زوجها عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها
لنا ما روي عن عائشة انها قالت كان زوج بريرة حرا فلما اعتقت خيرها النبي صلى الله عليه
فاختارت نفسها وروى الشيخ ابو بكر الرازي باسناده ان النبي صلى الله عليه قال لبريرة ملكت
بضعك فاختاري فجعل العلة في ثبوت الخيار لها ملكها البضع وهذا يقتضي ثبوت الخيار لمعنى
فيها وعند المخالف يثبت الخيار لمعنى في الزوج وهو عدم الكفاءة والخبر ضد مذهبه ولانها
ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها فيثبت لها الخيار كما لو كان زوجها عبدا ومعنى قولنا انها
ملكت نفسها انها صارت اولى بالتصرف في نفسها من غيرها فان قيل تبطل العلة بالامة
اذا تزوجت بغير اذن مولاها ثم اعتقت انه لا خيار لها قيل له لان العقد قد تم عليها بعد
الحرية فقد ملكت نفسها قبل تمام العقد عليها فيتم العقد عليها بعد الحرية برضاها فلا يثبت
الخيار فان قيل يبطل بما اذا زوج امته ولا مال له غيرها بضعف قيمتها ثم اعتقها في مرضه قبل
الدخول بها ومات انه لا خيار لها قيل له هذه عندنا لها الخيار وانما تعذر استيفاؤه لانها لو
اختارت نفسها قبل الدخول سقط المهر واذا سقط لم تخرج رقبتها من الثلث فلزمها السعاية
واذا وجبت السعاية بطل خيارها فيكون في اتباع العرقة بالخيار اسقاط الخيار فيتعذر الاستيفاء
والتعليل وقع لاثبات الخيار لا لاستيفائها فان قيل المعنى في الاصل ان الزوج لم يساوها
في الكمال فثبت لها الخيار ومتى اعتقت وهي تحت حر فقد ساوته في الكمال فلم يثبت الخيار كالذمية
اذا اسلمت وهي تحت مسلم قيل له عدم المساواة حالة بقاء النكاح لا يثبت الخيار وانما يعتبر
المساواة في ذلك في ابتداء النكاح بدليل ان التغيير اذا ابيض تحت الغيير لا خيار لها
قال وكذلك المكاتبة وذلك لانها ملكت بعقد الكتابة التصرف فيما يؤدي الى اداء مال
الكتابة ولم تملك به التصرف في نفسها وانما تملك التصرف في نفسها بالعتق كما تملك ذلك الامة

واذا كان كذلك فقد ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها فثبت لها الخيار وعن زفر انه لا خيار لها
لانها لم تملك بدل بضعها فهي كالحرة وهذا لا يصح لانها لا تملك بدل بضعها بعقد النكاح وانما
ملكته بعقد الكتابة والمؤثر في سقوط الخيار ان يملكه بعقد النكاح الا ترى انه لو اعتقت
الامة ووهب لها مهرها كان لها الخيار وان كان قد سلم لها بدل البضع الا انه سلم بغير
عقد النكاح فلم يؤثر في الخيار قال وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح
ولا خيار لها وذلك لان العقد قد تم عليها بعد ان ملكت نفسها بالحرية فوقع العقد برضاها
فسقط الخيار وصح النكاح قال ومن تزوج امراتين في عقدة واحدة احديهما لا يحل له نكاحها
صح نكاح التي يحل له نكاحها وبطل نكاح الاخرى وقال الشافعي فيه وجهان احدهما ان العقد لا يصح
فيهما وهذا لا يصح لان ايجاب النكاح في امراتين كايجاب العقد في كل واحدة منهما على الانفراد بدلالة
انه يجوز ان يردها بالقبول فاذا كان كذلك لم يؤثر فساد نكاح احديهما في نكاح الاخرى كالو
افرد كل واحدة بالايجاب فان قيل العقد اذا جمع بين الحلال والحرام بطل اصله اذا باع حرا وعبدا
في صفقة واحدة قيل له اذا جمع بينهما في العقد فكل واحد منهما مشروط في الاخر الا ان البيع يبطله
الشروط فاذا شرط الحر في بيع العبد بطل لانه شرط في بيعه ما لا يدخل في العقد حاله واما النكاح
فلا تبطله الشروط فبطلان الشرط لا يبطله قال واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار لزوجها عند
ابي حنيفة وابي يوسف واذا كان بالزوج جنون او جذام او برص فلا خيار للمراة عند ابي حنيفة وابي
يوسف ومحمد لما قال في هذا ان النكاح لا يفسخ عند ابي حنيفة وابي يوسف بعيب في احد الزوجين
الا ان يكون الزوج مجبوبا او عنينا فثبت الخيار ويفرق القاضي بينهما وقال محمد يفسخ النكاح بالجنون والجذام
والبرص اذا كان بالزوج ايضا وقال الشافعي يفسخ بعيوب في الزوج الجب والعنة والجذام والبرص والجنون
ويفسخ بعيوب في المراة بالجنون والجذام والبرص والرتق والقرن وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف
انه عقد على البضع فلا ينفسخ بالعيب كالخلع ولانه عيب بالزوج فلا يثبت الخيار بوجوده كسائر العيوب
ولا يلزم العنة والجب لان الخيار لا يثبت فيهما لاجل العيب وانما يثبت لنقصان المهر وجه
قول محمد ان المراة يلحقها ضرر بالمقام مع المجنون اكثر من الضرر الذي يلحقها بالمقام مع
العنين فاذا ثبت لها الخيار في العنة ففي هذا اولى فان قيل روي ان النبي عليه تزوج امراة

من بني بياضة فرجل يكحها بياضا فردها وقال دلستم علي قيل له ذكر هذا الحديث البخاري وذكر فيه
خلي سبيلها وهذا يفيد الطلاق ورواه كعب بن عجرة ايضا وقال راى بكشحها بياضا فقال النبي
ثيابك والحقي باهلك وهذا يفيد الطلاق ايضا فاذا اختلفت الالفاظ وجب التوقف فيه ولو
ثبت ما قالوه احتمل ردها بالطلاق واحتمل ردها بالفسخ واذا احتمل وجب حمله على ردها بالطلاق
ليوافق الخبر الاخر قال وان كان عنينا اجله الحاكم حولا فان وصل اليها والا فرق بينهما
ان طلبت المراة ذلك وقد قال قوم لا خيار لها دليلنا ما روي سعيد بن المسيب ان عمر بن
الخطاب رضي الله عنه قضى في العنين ان يؤجل سنة فان قدر عليها والا اخذت منه الصداق كاملا وفرق
بينهما وعليها العدة وعن علي عليه السلام قال يؤجل سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما فان قيل روي
عن علي عليه السلام ان امراة رفعت اليه زوجها وشكت عجزه فقال ولا وقت السحر فقالت لا فقال هلكت
واهلكت ما انا مفرق بينكما قيل له قد روي عن علي خلاف ذلك وقد روي ان هذه المراة قالت له
انه لم يكن منه الا مرة واحدة وعندنا اذا وطيها مرة واحدة فلا خيار لها واذا ثبت هذا قال
اصحابنا اذا رفعت المراة زوجها فادعت انه عنين فان القاضي يساله هل وصل اليها او لم يصل لانها
ادعت عليه العجز فلا بد ان يعرف جواب الدعوى من جهته لجواز ان يصدقها على ذلك فان قال قد
وطيتها ساله القاضي ابكر هي ام ثيب فان قالت ثيب فالقول قول الزوج لان الظاهر ان من خلا
بالثيب يطاها ومن شهد له الظاهر كان القول قوله وان قال انها بكر نظر اليها النساء ويكتفى
بامراة واحدة لان البكارة معنى لا يجوز للرجال الاطلاع عليه فتقبل فيه شهادة النساء كالولادة
وانما قلنا تجزي امراة واحدة لان ما يقبل فيه قول النساء منفردات يقتصر فيه على الواحدة كاخبار رسول
الله صلى الله عليه وسلم والثنتان اوثق لان الظن عند خبرهما اقوى فان قلن انها ثيب كان القول قول الزوج
لما بيناه وان قلن انها بكر فان القول قولها لانه لو كان وصل اليها زالت بكارتها فكان الظاهر
معها واذا ثبت انه لم يصل اليها باقراره او ببقاء البكارة اجله القاضي حولا لما روينا عن علي
وعمر وابن مسعود ان العنين يؤجل سنة ولان تعذر الوطي يجوز ان يكون لداء عرض ويزول
باختلاف الفصول وذلك يكون في سنة فلذلك اعتبرت واول السنة من حين ترافعا الى القاضي
ولا يحتسب على الزوج ما قبل ذلك لما روي ان عمر كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة

من يوم يرتفع اليه ولان امتناعه من الوطي قبل التاجيل يجوز ان يكون للعجز ويجوز ان يكون لكراهتها
فاذا اجل خاف العار فوطيها فلذلك لم يعتبر ما قبل التاجيل واذا ترافعا اليه بعد الحول
وادعت انه لم يصل اليها ساله القاضي عن ذلك فان قال قد وطيتها وهي ثيب فالقول قوله لما بينا
وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن انها بكر فالقول قولها وان قلن انها ثيب فالقول قول
الزوج لما بينا واذا ثبت انه لم يطاها اما باقراره او ببقاء البكارة خيرها القاضي وذلك لان العيب
قد ثبت واستقر فثبت لها الخيار بين الرضا بالبقاء مع العيب وبين الفسخ فان اختارت المقام معه بطل
حقها ولم يكن لها خصومة بعد ذلك ابدا في هذا النكاح لانها رضيت بالعقد مع العيب فسقط
خيارها وان اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما لانها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج طارئ
على النكاح يختص به كالفرقة الواقعة بلفظ الطلاق وانما يقوم القاضي مقامه فيها ويكون
باينة لان القاضي يخلصها من زوج لا تستقر بمهرها معه فلو جعلناه رجعيا لراجعها واحتاج
القاضي الى التفريق ثانيا ويكون لها المهر كاملا لان الخلوة قد وجدت والمهر عندنا يستقر بها
وعليها العدة لانه وجب لها كمال المهر فلزمها العدة كالمدخول بها فان وصل اليها مرة واحدة بطل
حقها من الخيار لان الخيار ثبت لعدم استقرار المهر والوطي الواحد يستقر به المهر فلا معتبر بما
زاد عليه واما قوله ان طلبت الفرقة فلان ذلك حق لها فيقف حكم الحاكم فيه على طلبها كسائر الحقوق
قال والفرقة تطليقة باينة ولها كمال المهر اذا كان قد خلا بها وقد بينا جميع ذلك قال وان
كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ولم يؤجله يعني ان طلبت الفرقة وذلك لان العلم بعجزه عن الوطي
في الحال اكثر من العلم بعجز العنين بعد الحول فاذا ثبت لها الخيار بعد الحول فههنا في الحال
اولى قال والخصي يؤجل كما يؤجل العنين وذلك لان الخصي قد يكون منه الوطي فهو بمنزلة العنين
وقد قال لو تزوجته وهي تعلم بالعنة لم يكن لها خيار لانها عقدت مع العلم بالعيب فلم
يكن لها خيار كالمشتري اذا عقد مع علمه بالعيب قال واذا اسلمت المراة وزوجها كافر
عرض عليه القاضي الاسلام فان اسلم فهي امراته وان ابى الاسلام فرق بينهما وقال الشافعي
ان اسلمت قبل الدخول بانت منه في الحال وان كان بعد الدخول توقف على انقضاء عدتها فان لم يسلم
حتى انقضت عدتها وقعت الفرقة بينهما لنا ما روي ان رجلا من بني تغلب اسلمت امراته وهي

وهي نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له عمر رضي الله عنه اسلم والا فرقت بينكما فابى ففرق بينهما وعن ابن
عباس رضي الله عنهما مثل ذلك ولم ينقل عن احد منهم اعتبار العدة وكان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير.
ولان الاسلام طارئ على النكاح فلا تتعجل البينونة اصله بعد الدخول فان قيل انه اختلاف
دين يمنع ابتداء النكاح فوجب ان تقع الفرقة من غير حكم حاكم اصله اذا اسلمت الحربية في دار الحرب
قيل له لا فرق لان الحاكم يفرق لاباء الزوج في الموضعين فاذا كانا في دار الحرب فسكت فاقامة الزوج
في دارهم اباء الا ان في دارنا لا سلام يمكن الحاكم التفريق فيفرق وفي دار الحرب لا يمكنه فوقفت الفرقة
على حدوث معنى يؤثر في الفرقة واقرب ذلك مضي مدة العدة واذا ثبت ان الفرقة تقف على
تفريق الحاكم فاذا اسلم قبل ذلك كانا على النكاح لزوال المعنى الذي يوجب الفرقة قال وكان
ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هي فرقة بغير طلاق وجه قولهما ان فرقة
تتعلق بسبب من جهة الزوج طارئ على النكاح مختصا به فكانت طلاقا كلفظ الطلاق ووجه قول
ابي يوسف رحمه الله انها فرقة يشترك في سببها الزوج والمراة فلم تكن طلاقا كفرقة الرضاع وهو ابطل
بالخلع قال واذا اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امراته وان
ابت فرق القاضي بينهما ولم يكن ذلك طلاقا وذلك لان الفرقة لا تقع باسلام احد الزوجين لانه لا يخلو
اما ان تقع باسلام من اسلم او بكفر الاخر ولا يجوز ان تقع بالاسلام لان الاسلام مصحح للعقود
ولا يجوز ان تقع بكفر الكافر لان هذا الكفر صحيح مع ابتداء العقد فاولى ان يصح مع البقاء واذا ثبت ان
الفرقة لا تقع باسلام احدهما ولم تجز تبقيتهما على النكاح وجب ان تقف الفرقة على معنى حادث
وقد بينا ان ذلك هو تفريق القاضي فاذا عرض عليها الاسلام فاسلمت فقد صارا على صفة يجوز
ابتداء العقد عليها فصح بقاؤه معها وان ابت فرق القاضي بينهما لان ابتداء النكاح لا يجوز على هذه
الصفة الا ترى ان المسلم لا يجوز ان يتزوج المجوسية وعلى هذا الوثنية ولا تكون هذه الفرقة
طلاقا لانها متعلقة بفعل المراة والمراة لا تملك الطلاق قال فان كان دخل بها فلها المهر
وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها اما وجوب المهر اذا كان قد دخل بها فلان الدخول يوجب
استقرار المهر وارتفاع العقد لا يؤثر في اسقاط ما استحق بالدخول اصله اذا طلقها بعد
الدخول واما اذا لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فصار

كالو ارتدت قال واذا اسلمت المراة في دار الحرب لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض فاذا
حاضت بانت من زوجها وذلك لان الفرقة لا تقع الا بمعنى حادث على النكاح وكفر الزوج ليس بحادث
فلا تقع به الفرقة واسلامها وان كان حادثا الا انه ليس بسبب يوجب التحريم فاحتجنا الى سبب
تقع به الفرقة لما لم تجز تبقيتهما على النكاح ولا يمكن اعتبار تفريق الحاكم في دار فاعتبرنا مضي
هذه المدة لانه سبب يوجب التحريم فاذا مضت وقعت عليها الفرقة حينئذ قال واذا
اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما وذلك لان الاسلام لا يوجب الفرقة وهما على صفة يجوز
ابتداء النكاح عليها فجاز تبقيتهما عليه قال واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب
مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي رحمه الله لا تقع الفرقة باختلاف الدار فان كان دخل بها
لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلث حيض وان لم يكن دخل بها وقعت الفرقة في الحال وعلى هذا
الخلاف ايضا ان خرج احدهما الينا ذميا دليلنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم
المؤمنات مهاجرات الى الاية ثم قال ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فاباح نكاحهن مطلقا وعند
المخالف لا يجوز حتى تنقضي العدة ثم قال ولا تمسكوا بعصم الكوافر ولو منعنا تزوجها لاجل
النكاح الاول كنا قد تمسكنا بعصم الكافر ولانهما اختلفا بانتهما في دارين كل واحد منهما من
اهلها فوقعت الفرقة بينهما اصله اذا سبي احدهما فان قيل اختلاف الدارين لا يوجب الفرقة
اصله اذا دخل دار الحرب تاجرا او الحربي اذا دخل الينا مستامنا قيل له نقول بموجبه لان عندنا
اختلاف الدارين لا يوقع الفرقة حتى يكون بصفة مخصوصة وقد بيناها والمعنى في الاصل الذي
قاسوا عليه ان الاختلاف لم يحصل فعلا وحكما لان المستامن على حكم دار الحرب والتاجر منا
على حكم دار الاسلام فلما لم يختلفا بانتهما واحكامهما لم تقع الفرقة قال واذا سبي احدهما
وقعت البينونة وذلك لما روي ان المسلمين استعفوا في سبايا اوطاس من وطي النساء لاجل الازواج
فانزل الله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال وان سبيا معا لم تقع البينونة
وقال الشافعي رحمه الله تقع لنا انه لم يختلف بهما دين ولا دار فلا تقع الفرقة بينهما كالمسلمين قال
واذا خرجت المراة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله عليها العدة وجه قول ابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات

مهاجرات الى قوله ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فاباح نكاح المهاجرة مطلقا ولم يشترط فيه العدة
ثم قال ولا تمسكوا بعصم الكوافر فلو منعناها لاجل العدة من التزوج كان في ذلك تمسكا بعصمة زوجها
الكافر ولان الفرقة وقعت بينهما باختلاف الدار فلا يجب عليها العدة اصله المسبية وجه قولهما
ان الفرقة وقعت عليها وهي مسلمة في دار الاسلام فوجب عليها العدة كامراة المسلم قال وان كانت
حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها روى ذلك محمد عن ابي حنيفة رحمه الله وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يتزوجها
ولا يطاها وجه رواية ابي يوسف رحمه الله ان ماء الحربي لا حرمة له فلا يمنع التزوج اصله ماء الزاني وجه
رواية محمد رحمه الله انها حامل بولد ثابت النسب فلا يجوز ان يتزوج اصله امراة المسلم والصحيح ما رواه ابو
يوسف رحمه الله قال واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت البينونة بينهما فرقة بغير طلاق اما
وقوع الفرقة فعندنا تقع في الحال دخل بها او لم يدخل وقال الشافعي رحمه الله ان كان قد دخل بها لم
تقع الفرقة حتى تحيض ثلث حيض وهو على الردة دليلنا انه ارتداد من احد الزوجين فاوجب البينونة
في الحال اصله اذا كان قبل الدخول فان قيل ردة طارية على النكاح بعد الاصابة فلا تقع بها البينونة
في الحال اصله اذا ارتدا معا قيل له هناك لم يختلف بهما دين والفرقة متى وقعت لاجل الدين
تعلقت بالاختلاف فيه اصله المسلمين والكافرين الاصليين واما قوله فرقة بغير طلاق فهو قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله اذا ارتد الزوج ففرقته طلاق وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انها فرقة
تتعلق بسبب غير مختص بالنكاح الا ترى ان الاحكام المتعلقة بالردة من القتل وزوال الملك وغيره تتعلق
بها مع النكاح ومع زواله والطلاق هو ما اختص بالنكاح ولا يشبه هذا اباء الزوج عن الاسلام لان ذلك
يتعلق بسبب يختص بالنكاح الا ترى ان عرض الاسلام على الانسان لاجل اسلام غيره لا يكون الا في النكاح
فلهذا كان طلاقا وفارق الردة واما ابو يوسف رحمه الله فمر على اصله ان الطلاق كل فرقة تتعلق بسبب
من جهة الزوج لا يوجب تحريما مؤبدا ولا يتعلق بالدين واما محمد فيقول كل فرقة تعلقت بسبب
من جهة الزوج لا توجب تحريما مؤبدا فهي طلاق كقوله انت طالق قال واذا كان الزوج هو المرتد
وقد دخل بها فلها كمال المهر وان كان لم يدخل بها فلها نصف المهر وذلك لان الدخول بها قد
استقر به مهرها فلا يسقط بالفرقة الطارية من قبل الزوج كما لا تسقط بطلاقها واما اذا لم
يكن قد دخل بها فعليه نصف المهر لانها فرقة طارية على نكاح صحيح من جهة الزوج قبل

الدخول فيجب نصف المسمى كالطلاق قال وان كانت المراة هي المرتدة قبل الدخول فلا مهر لها
وذلك لان المعقود عليه تعذر تسليمه قبل القبض بمعنى من جهة العاقد فلم تستحق البدل الذي
في مقابلته كالبايع اذا اتلف المبيع قبل القبض وان كانت الردة بعد الدخول فلها المهر وذلك لان
المهر قد استقر بالدخول وصار دينا على الزوج والردة لا تسقط الديون كذلك هذا قال
وان ارتدا معا واسلما معا فهما على نكاحهما وهذا الذي استحسان والقياس ان تقع الفرقة وهو
قول زفر رحمه الله قال الشافعي دليلنا ان العرب ارتدت بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقاتلهم ابو بكر
رضي الله عنه وبعث اليهم الجيوش حتى اسلموا ولم يفرق بينهم وبين زوجاتهم ولو وجبت الفرقة
بحال لفرق بينهم فان قيل من اين لكم انهم ارتدوا معا والعادة ان ردة احد الزوجين
تسبق الاخر قيل له لما طرت الردة ولم يعلم سبق احدهما حكم بوقوع ذلك معا كما نقول في الغرقى
ولانهما لم يختلفا في دين فلا تقع الفرقة بينهما لاجل الدين اصله المجوسيين والمسلمين فان قيل لو ارتد
احدهما وقعت الفرقة فارتدادهما اولى ان يوجب الفرقة قيل له اذا ارتد احدهما اختلفا في الدين
على وجه يمنع ابتداء النكاح ودوامه فاثر ذلك في الفرقة وههنا بخلافه قال ولا يجوز ان
يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة وذلك لان الردة توثر في زوال الاملاك فلا تفيد
الملك مع وجودها كالموت ولان الردة تمنع بقاء النكاح وحال الابتداء اكد من البقاء فلان تمنع ابتداء
النكاح اولى قال وكذلك المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر وذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
وهو عام ولانها لو ارتدت بطل نكاحها فلان يمنع وجود الردة ابتداء النكاح اولى قال واذا كان
احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه
والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه فبين ان الولد
يتبع الابوين في الدين فاذا ثبت ذلك قلنا اذا اسلم احد الابوين او كان مسلما الاصل لم يخلو اما ان يتبع المسلم
في دينه او يتبع الكافر وحكم الاسلام اقوى لقوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى فاذا كان
الاسلام اقوى تبعه الولد فيه ولان النبي عليه السلام اثبت له حكم الفطرة بنفسه ونقله عنها بالابوين
جميعا فلما لم يجتمعا على الكفر لم ينقله عن الفطرة قال واذا كان احد الابوين كتابيا والاخر
مجوسيا فالولد كتابي وقال الشافعي رحمه الله هو على دين الاب لنا ان احد الابوين له حكم الاسلام

بدليل ان الكتابي يجوز اكل ذبيحته ومناكحته فيتبعه الولد كما لو كان الاب مسلما مجنونا والام مجوسيه
فان قيل اجتمع في هذا الولد حكم الحضر والاباحه فوجب ان يغلب حكم الحضر اصله المتولد
بين الحمار الوحشي والاهلي قلنا هذا يبطل بما اذا كان احد الابوين قد اسلم قال واذا تزوج
الكافر بغير شهود او في عده كافر وذلك في دينهم جايز ثم اسلما اقرا عليه اما اذا تزوجا بغير
شهود فانهما يقران عليه عند اصحابنا رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يصح ولا يقر عليه وجه قول اصحابنا ان الشهاده
في ابتداء النكاح معتبره لحق الله تعالى والكافر غير مخاطب بحقوق الله تعالى في احكام الدنيا وفي حال البقاء
النكاح الشهاده غير معتبره ايضا الا ترى ان موت الشهود لا يوثر فيه واذا لم يعتبر ذلك في حق
الكافر لا في ابتداء النكاح ولا في حال البقاء لم يوثر فقدها وجه قول زفر رحمه الله انه نكاح فاسد فيستوي
فيه المسلم والذمي اصله نكاح ذوات المحارم واما اذا تزوج الذمي ذميةً في عدة من ذمي جاز النكاح
عند ابي حنيفه رحمه الله فاذا اسلما اقرا عليه وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله النكاح فاسد وجه قول ابي حنيفه
ان العده تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج فما كان من حق الله تعالى فالذميان لا يخاطبان في احكام الدنيا وما
كان من حق الزوج فالذمي لا يعتقده حقا فسقطت العده في ابتدا العقد فلا يجوز ان تؤثر في حال
البقا ولا يشبه هذا اذا تزوجها في عدة من مسلم لان المسلم يعتقد ان العده حق له فيجب لاجله فمنع
صحة العقد وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان النكاح في حال العده مجمع على تحريمه فصار كنكاح ذوات
المحارم قال واذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما وذلك لان الفساد في نفس المعقود
عليه الا ترى انه يستوي فيه حال الابتداء والبقا والفساد اذا حصل في نفس المعقود عليه افسد العقد
وهذا اتفاق منهم الا ان ابا حنيفه رحمه الله قال لا يعترض عليهم فيما عقدوه من ذلك الا ان يترافعوا الينا
او يسلم احدهما وقال ابو يوسف رحمه الله يفرق بينهما ترافعوا الينا او لم يترافعوا وقال محمد رحمه الله اذا ترافع احدهم
فرقت والا لم افرق وجه قول محمد رحمه الله اذا لم يترافعوا هو ان النبي عليه السلم كتب الى مجوس هجر اما ان
تذروا الربا او فاذنوا بحرب من الله ورسوله ولم يكتب شيا في انكحتهم ولان المسلمين فتحوا ديار فارس
ولم يتعرضوا لانكحتهم ولانه امر يعتقدونه دينا ليس فيه ضرر يعود الى المسلمين فصار ككفرهم
وجه قول ابي يوسف رحمه الله قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله وهو عام واما اذا رضي احدهم بحكمنا
قال ابو حنيفه رحمه الله لا يفرق بينهم وقال محمد رحمه الله يفرق بينهما وجه قول ابي حنيفه رحمه الله قوله تعالى فان

قوله لم استحلا امرا عليه ... وهذا اعتبار في عدة نصرانيه ... وعندها ... ان الشهاده ... شهود ... تزوجها في عدة ... النكاح ... الكتابي ... المجوسي ... عند ابي حنيفه

ابي حنيفه رحمه الله

جاءوك فاحكم بينهم بما انزل الله فعلق الحكم بشرط وهو اجتماعهم عليه واذا رضي احدهما لم يوجد
الشرط ولان ترك الاعتراض حق لهما فان رضي احدهما باسقاط حقه بقي حق الاخر بحاله وجه قول
محمد رحمه الله ان الطالب لحكمنا ملتزم له فصار كما لو اسلم احدهما وقد قال ابو حنيفه وابو يوسف رحمهما الله في الحربي
اذا اسلم وتحته خمس نسوة او اختين فان كان تزوجهن في عقود متفرقه صح نكاح الاول وبطل نكاح
الاخر وان كان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال محمد رحمه الله يختار منهن اربعا بعد
الاسلام واحدى الاختين في الوجهين جميعا وبه قال الشافعي رحمه الله الا ان الشافعي رحمه الله شرط في جواز
الاختيار ان يسلمن قبل انقضاء عدتهن وجه قولهما ما روي ان النبي عليه السلم كان اذا بعث جيشا
اوصى اميرهم الى ان قال ادعوهم الى شهادة ان لا اله الا الله واني رسول الله فان اجابوكم
فاعلموهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم ومعلوم ان المسلم اذا تزوج اختين او خمسا في عقده
لا يختار منهن بل يبطل العقد في جميعهن كذلك هذا ولانه تحريم جمع فلا يخير فيه بعد الاسلام
اصله الجمع بين الزوجين وجه قول محمد رحمه الله وهو استحسان ما روي ان غيلان اسلم وتحته عشر
نسوة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعا واسلم فيروز الديلمي وتحته اختان
فخيره النبي عليه السلم فيهما وهذا لا دليل فيه لانه محمول على ان العقد وقع في حال الاباحه قبل نزول
الاحكام والفرايض الذي بين ذلك ان في الخبر ان غيلان اسلم وقد تزوج في الجاهليه وعن مكحول
انه قد كان ذلك قبل نزول الفرايض لان تحريم الجمع ثبت بسوره النسا وهي مدنيه وقد روي ان
فيروز لما هاجر الى النبي عليه السلم قال له ان تحتي اختان فقال له اختر ايتهما شئت وطلق الاخرى وهذا يدل على ان
العقد وقع صحيحا في الاصل وقد قال اصحابنا ان للمراه ان تمنع نفسها قبل ان يدخل بها الزوج
حتى يعطيها جميع المهر وذلك لان حقها لم يتعين في البدل فكان لها حبس نفسها والمطالبه
بالقبض ليتعين حقها كما للبايع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن واذا ثبت ان لها ان تمنع نفسها كان
لها الخروج من منزل الزوج لحاجتها وليس للزوج منعها وذلك لان الحبس انما يسقط اذا او ناها
حقها فما لم يوجد ذلك فلها التصرف في نفسها فاذا اعطاها جميع المهر فله ان يمنعها من الخروج وله
ان يدخل بها لان حقها من الحبس قد سقط ووجب عليها تسليم نفسها قال وان لو اعطاها
جميع المهر الا درهما كان لها ان تمنع نفسها وان تخرج من منزلها وذلك لان الحبس الذي يثبت لاجل

البدل لا ينفسخ كحبس البايع ولا يكون له استرجاع ما دفع اليها من المهر لانها قبضته بحق والقبض
اذا وقع بحق لا ينفسخ واما اذا دخل بها برضاها فقال ابو حنيفة رح لها ان تمنع نفسها حتى تستوفي
المهر وقال ابو يوسف ومحمد رح ليس لها ذلك وهو قول ابي حنيفة الاول وبه قال الشافعي وجه
قول ابي حنيفة ان المهر في مقابلة كل استمتاع يوجد في عقد النكاح بدليل انه لو كان في مقابلة
الوطي الاول لم يجب عليها تسليم نفسها في الوطي الثاني لانها قد وفت ما في مقابلة العوض ولكان
يوجد وطي الحرة فيما بعد الوطي الاول بغير عوض ولكان اذا وطيها مكرهة ان لا يكون ان تمنع
نفسها الان الثاني من الوطي لا بدل في مقابلته واذا بطل جميع ذلك لم يبق الا ان يكون المهر في
مقابلة كل وطي يوجد في العقد فيكون الوطي الثاني في مقابلة جزو من المهر فلها ان تمنع نفسها حتى
تستوفيه كالوطي الاول وكمن باع عبدين وسلم احدهما فله حبس الاخر فان قيل قد وجد التسليم الذي
يتعلق به جواز التصرف فسقط حق الحبس كالموجر اذا سلم الدار المستاجرة قيل له هذا يبطل به اذا خلت
بينه وبين نفسها ثم منعته من الوطي فلها ذلك مع وجود التسليم الذي يبيح التصرف واما الاجارة
فعندنا الاجرة لا تستحق بالعقد فان كان قد اطلق العقد فلا يثبت الحبس قبل التسليم ولا بعده لعدم
استحقاق الاجرة وان كان قد اجر وشرط تعجيل الاجرة وسلم الدار قبل التعجيل فالفرق بينهما لو سلمت
الدار فلم يسلمها لم يثبت للموجر حق الرجوع للحبس كذلك بعد التسليم وفي النكاح لو سلمت المراة نفسها
جاز لها ان تمنع قبل الوطي كذلك بعده قال ـــ واذا كان للرجل امراتان حرتان فعليه ان يعدل
بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احديهما بكرا والاخرى ثيبا والاصل في ذلك قوله تعالى
وان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فهذا يدل على وجوب العدل بين النساء في
القسم وعن عايشة رض ان النبي عم كان يقسم بيننا فيعدل في القسم ثم يقول اللهم هذا قسمي فيما املك
فلا تواخذني فيما لا املك وانما قلنا انه يستوي في ذلك البكر والثيب لعموم الاية ولانه لا خلاف
انهن متساويات في حال البقا فكذلك في حال الابتدا اصله اذا تزوجهن في عقد واحد وقد
قال اصحابنا رح يستوي في القسم الحرة المسلمة والكتابية وذلك لان القسم حكم من احكام النكاح
ومما لا اختلاف في احكام النكاح قال ـــ فان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان
من القسم وللامة الثلث لا مخالف له قال ـــ ولا حق لهن في القسم حال السفر يسافر بمن شا

الزوج بمن شا منهن وذلك لان الزوج لا يلزمه استصحاب زوجته في السفر فلا يلزمه القسم لها لما لم يكن لها حق
في الحضر واذا ثبت انه لا حق لهن في السفر كان له ان يسافر بمن شا منهن كما له ان يسافر بمن شا من امايه قال ـــ
والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وذلك لما روي ان النبي عم كان اذا اراد سفرا اقرع
بين نسايه وهذا انما كان يفعله صلى الله عليه تطييبا لقلوبهن حتى لا يظن به الميل الى احداهن وقد قال
الشافعي رح اذا سافر باحدى نسايه بغير قرعة قضا للباقيات بالقسم وليس بصحيح لان الزوج لا يلزمه ان يسافر
بنسايه فاذا اخرج واحدة فقد تبرع باخراجها والزوج اذا تبرع على احدى نسايه لم يلزمه التسوية بينها
وبين غيرها كما لو وهب لها هبة فان قيل انفرد بالكون معها من غير حق فوجب ان يقضي لغيرها كما لو كان
في الحضر قيل له في حال الحضر لو اقام عند احديهن بقرعة قضى واذا اقام بغير قرعة قضى وللمالك خلافنا في
مسئلتنا اذا انفرد بها بقرعة كذلك اذا كان بغير قرعة ○ وقد قال الشافعي رح اذا تزوج الرجل امراة وعنده
امراة فان كانت الحديثة بكرا فضلها بسبعة ايام وان كانت ثيبا خيرها فان شات اقام عندها سبعا
وعند كل واحدة سبعا ولم يخصها بزيادة وان شات اقام عندها ثلثة ايام يفضلها بها ثم يسوي بينهن
فيما بعد وعندنا لا تفضل الحديثة بل يسوي بينهما لنا قوله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء
ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل ولا يجوز ان يراد به ميل القلب لان الانسان لا يستطيع التسوية في المحبة
فلم يبق الا ان يكون المراد به الميل بالفعل وهذا موجود في التفضيل ولانه لا يجوز التفضيل بينهن
حال بقا العقد فلا يجوز في الابتدا اصله اذا تزوجهما في عقد واحد وهما بكران فان قيل روي
ان النبي عليه قال لام سلمة رض ليس بك هوان على اهلك ان شيت سبعت لك وسبعت لهن وان شيت
ثلثت لك ودرت قيل له هذا دليل لنا لانه صلى الله عليه اخبر انه اذا سبع لها سبع لهن من غير تفضيل
واما قوله وان شيت ثلثت لك ودرت فمعناه ودرت بالثلث لانه لما بين انه اذا كان عندها سبعا
دار بمثلها كان ذلك بيانا بالثلثة والذي يبين صحة ذلك انها لو كانت تستحق ثلثة ايام تنفرد بها كان
اذا اقام عندها سبعة ايام يقضي لهن اربعة ايام لان ما تستحقه لا يسقط بزيادة المقام عندها
الا ترى انها اذا كانت في احد الدور فاقام عندها يوما بعد الدور الاول لم افتتح بها الدور
الثاني يوما دار على الباقيات يوما يوما قال ـــ واذا رضيت احدى الزوجات بترك قسمها
لصاحبتها جاز ولها ان ترجع في ذلك والاصل فيه ما روي ان سودة رض لما اسنت خافت ان

يعنا دهار رسول الله صلى الله عليه فجعلت يومها لعايشه رضي الله عنها فنزل قوله تعالى وان امراه خافت من بعلها نشوزًا او اعراضًا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحًا واما قوله ولها ان ترجع فلانها اسقطت حقًا لم يجب فلم يسقط باسقاطها واذا لم يسقط كان لها المطالبه به عند وجوده ٥

كتاب الرضاع

قال رحمه الله قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مده الرضاع تعلق به التحريم والاصل في تعلق التحريم بالرضاع قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعه وقوله صلى الله عليه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والتحريم يتعلق بقليل الرضاع وكثيره عندنا وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله يقع التحريم بخمس رضعات وهو قول عايشه وابن الزبير رضي الله عنهم وقال نفاة القياس يتعلق بثلث رضعات وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه دليلنا قوله تعالى واخواتكم من الرضاعه ولم يفصل ولان الرضاعه مصدر يتناول القليل والكثير ولما روى عن علي رضي الله عنه ان النبي عليه قال يحرم الجرعه من الرضاعه كما يحرم الحولان ذكره ابو الحسن في جامعه ولانه معنى يوجب تحريمًا موبدًا فوجب ان يتعلق بمره واحده اصله الوطي وعقد النكاح فان قيل روي عن النبي عليه انه قال لا يحرم الرضعه ولا الرضعتان ولا المصه ولا المصتان ولا الاملاجه ولا الاملاجتان قيل له المصه والاملاجه عندنا لا يحرم لانها قد توجد ولا يتصل بها اللبن لضعف الصبي حتى يتكرر المص فقد قلنا بظاهر الخبر واما قوله ولا الرضعه ولا الرضعتان فهو تاويل الراوي حمل المصه على الرضعه والمشهور في الخبر ذكر المصه والاملاجه ولان اثبات التحريم ونفيه انما يقال في الكبير الذي يوصف بالتحريم والتحليل واما الصغير فلا يثبت في حقه تحريم فعلم ان الخبر ورد في رضاع الكبير وقد كان العدد فيه معتبرًا لانه لا يكتفى بما يكتفى به الصغير ثم نسخ رضاع الكبير فسقط العدد والذي يدل على ذلك ما روي ان ابن عباس رضي الله عنه سيل عن الرضاع فقيل له الناس يقولون لا يحرم الرضعه ولا الرضعتان فقال قد كان ذلك فاما اليوم فالرضعه الواحده تحرم وقال ابن مسعود رضي الله عنه آل امر الرضاع الى ان قليله وكثيره يحرم واما قوله في الحولين صحيح ورضاع الكبير لا يتعلق به التحريم وانما يوجب التحريم في حال الصغر وذلك لقوله صلى الله عليه الرضاع ما انبت اللحم وانشر العظم وقال الرضاعه من المجاعه وهذا يدل ان التحريم يتعلق بالرضاع اذا اكتفى الصغير في الغذا لان الكبير لا يكتفي باللبن في الغذا فهو في حقه كلبن الشاه وروي جابر رضي الله عنه ان النبي عليه قال لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد حلم ولا صمت يوم الى الليل بغير كلام ولا وصال في صيام ولا طلاق الا بعد نكاح ولا عتق

الا بعد ملك ولا وفا بنذر في معصيه ولا يمين في قطيعه رحم ولا تعرب بعد الهجره ولا هجره بعد الفتح فان قيل روي ان ابا حذيفه بن عتبه رضي الله عنه وكان من اصحاب رسول الله صلى الله عليه كان قد تبنا سالمًا وهو الذي يقال له سالم مولى ابي حذيفه كما تبنا رسول الله صلى الله عليه زيد بن حارثه رضي الله عنه فلما انزل الله تعالى ادعوهم لابايهم هو اقسط عند الله رد كل احد من تبنى الى ابيه فان لم يعلم رده الى مواليه فجات سهله بنت سهيل امراه ابي حذيفه الى رسول الله صلى الله عليه وقالت يا رسول الله كنا نرى سالمًا ولدًا وكان يدخل علي وليس لنا الا بيت واحد فماذا ترى في شانه فقال لها رسول الله صلى الله عليه ارضعيه خمس رضعات يحرم بلبنك وكانت تراه ابنا من الرضاعه فاخذت بذلك عايشه رضي الله عنها فمن كانت تحب ان يدخل عليها من الرجال فتامر اختها وبنات اختها ان يرضعن من احبت ان يدخل عليها قيل له ان كان الاستدلال بقول النبي صلى الله عليه فهو منسوخ لما روي عنه عليه السلام انه قال لا رضاع بعد فصال وبقوله الرضاع ما انبت اللحم وان كان الاستدلال بقول عايشه رضي الله عنها فقد روي ان غيرها من زوجات النبي عليه ابى ذلك وقلن ما نرى ما فعله وامر به النبي عليه سهله الا رخصه في سالم وحده فاذا ثبت ان رضاع الكبير لا يتعلق به التحريم ورضاع الصغير يتعلق به التحريم احتجنا الى حد فاصل بين الامرين فقال ابو حنيفه رحمه الله يثبت حكم الرضاع في الصغير الى ثلثين شهرًا فان ارتضع بعد ذلك لا يتعلق به التحريم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الى الحولين وبه قال الشافعي رحمه الله وقال زفر رحمه الله الى ثلث سنين وجه قول ابي حنيفه رحمه الله قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعه ثم قال فان ارادا فصالًا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما فاثبت الفصال بعد الحولين بتراضيهما وهذا يدل على عدم وقوعه قبل تراضيهما ثم قال ولا جناح عليكم ان تسترضعوا اولادكم وهذا يفيد ما بعد الحولين بالاجماع فعلم انه اذا استرضع بعدهما يثبت الرضاع ولانها مده لنقل الصبي من غذا الى غذا فجاز ان يزاد على بعضها اصله مده الحمل وجه قولهما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعه وقال وفصاله في عامين والجواب ان رضاع الام لا يتعلق به تحريم فعلم ان الفصال المذكور ليس هو فصال في التحريم وانما هو في وجوب النفقه على الاب وكذلك نقول ان النفقه تجب عليه في الحولين بغير اختياره والفصال قبلها يثبت باتفاقهما من غير ايجاب نفقته على الاب وقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرًا ليس هذا بيان لغايه الفصال وانما هو بيان لاقل مده

الفصال الا ترى انه فرق بين الحمل والفصال واراد اقل مدة الحمل كذلك اراد اقل مدة الفصال
وجه قول زفر رحمه الله ان السنة الثالثة لما ثبت تحريم الرضاع في اولها ثبت في بقيتها اصله السنة الاولى
والثانية قال فاذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق به التحريم وذلك لما بينا ان مدة رضاع الكبير
لا يتعلق به التحريم واعتبار المدة انما هو للفصل بين الصغير والكبير فاذا مضت المدة على اختلافهم
فيها صار الرضاع بعدها رضاع الكبير فلا يتعلق به تحريم قال ويحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب
واخت ابنه من الرضاع يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج اخت ابنه من النسب وهذا الذي ذكره
صحيح كلما يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع الا هاتين المسئلتين اما ام اخته من النسب
انما حرمت عليه لان اباه وطيها وهذا لا يوجد في ام اخته من الرضاع واما اخت ابنه من النسب
انما حرمت لانه وطي امها وهذا لا يوجد في اخت ابنه من الرضاع قال وامراة ابنه من الرضاع
لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ان يتزوج امراة ابنه من النسب وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب قال ولبن الفحل يتعلق به التحريم الى اخره هذا على قول اكثر السلف
وعامة الفقهاء وعن سعيد بن المسيب رحمه الله وابراهيم النخعي رحمه الله انه لا يحرم دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب ومعلوم ان النسب يتعلق به التحريم من الجنبين كذلك الرضاع ولما
روي ان النبي عليه السلام كان في بيت عائشة رضي الله عنها فسمعت عائشة رضي الله عنها رجلا يستاذن في بيت حفصة رضي الله عنها فقالت عائشة رضي الله عنها
يا رسول الله هذا رجل يستاذن في بيت حفصة فقال اراه فلانا لعم حفصة من الرضاع فقالت عائشة رضي الله عنها يا
رسول الله لو كان فلان حيا يعني عمها من الرضاعة لكان يدخل علي فقال نعم ان الرضاع يحرم ما يحرم
من الولادة وعن علي رضي الله عنه انه قال سلوني فسأله ابن الكواء عن بنت الاخ من الرضاعة فقال علي ذكرت
ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة ليتزوجها فقال هي ابنة اخي من الرضاعة ولان الزوج
سبب في نزول اللبن فيتعلق به التحريم كما يتعلق بالولادة لما كان سببا فيها فان قيل ان الرجل لو
نزل له لبن فارضعت منه صبية لم تحرم عليه فاذا لم يثبت له التحريم بفعله فلان لا يثبت
بفعل غيره اولى قيل له ان ارضاع الرجل لا يسمى رضاعا ولا يكتفى به الصبي في الغالب والحكم
انما يتبع هذا المعنى الدليل عليه اذا شرب لبن شاة واذا ثبت ان تحريم الرضاع يكون من جهة الزوج

الزوج ومن جنبة المراة جميعا قلنا لا يجوز للصبي اذا ارضعته امراة ان يتزوجها لانها امه من الرضاع
ولا يتزوج احدا من بناتها لانهن اخواته من الرضاعة ولا يجوز له شي من ولدها ولا ولد ولدها كما لا
يجوز ان يتزوج باخواته ولا بنات اخواته واخوته وامهاتها ايضا حرام عليه لانهن جداته من الرضاعة
واخواتها خالاته ولا يجوز ايضا لهذا الصبي ان يتزوج بنات الزوج لانهن اخواته من الاب من الرضاعة
ولا باخوات الزوج لانهن عماته من الرضاعة ولا بامهات الزوج لانهن جداته من الرضاعة من قبل
الاب ولو كان المرضع صبية لم يجز للزوج ان يتزوجها لانها ابنته من الرضاعة ولا يتزوجها احد من
اولاده لانهم اخوتها من الرضاعة ولا يجوز للصبي المرضع ان يتزوج امراة تزوجها هذا الزوج لانها
امراة ابيه من الرضاعة ولا يجوز للزوج ان يتزوج امراة تزوجها هذا الصبي المرضع لانها حليلة
ابنه من النسب ولو كان لرجل امراتان فحبلت كل واحدة منهما منه وارضعت كل واحدة صغيرا
اجنبيا كانا اخوين من الاب من الرضاعة فان كان احد الصغيرين انثى لم يجز ان يتزوج به لانه اخوها
من الاب وان كانا انثيين لم يجز لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من ابيهما من الرضاعة قال ويجوز
ان يتزوج باخت اخيه من الرضاع كما يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب مثل الاخ من الاب اذا كان له
اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها قال وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحد لم يجز لاحدهما
ان يتزوج الاخر وذلك لانهما اخ واخت من الرضاعة لاب وام ولا يتزوج احدهما الاخر كما لا يتزوج
النسب قال واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به
التحريم وقال الشافعي رحمه الله اذا تحققنا وصول اجزاء اللبن الى جوف الصبي تعلق به التحريم وهذا لا يصح لان الذي
يتعلق التحريم به ما ينبت اللحم وذلك لا يوجد في اللبن الذي غلب عليه الماء فان قيل ان اللبن المحرم وصل
الى محله في وقته وعلى صفته فصار كما لو لم يختلط بالماء قيل له لا نسلم انه وصل اللبن المحرم لان هذه
الصفة يتحقق اللبن بنفسه اذا كانت قوته باقية ويقع به التغذي ومع الاختلاط قد
عدم ذلك فاما اذا كان اللبن هو الغالب فقوته باقية ويقع به التغذي وذلك سبب التحريم
قال وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحرم وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اذا وقع في اللبن وان كان دونه
فانه يسلبه قوته بدليل انه يرق ويضعف في المشاهدة فصار بمنزلة الغالب عليه وجه قولهما

ان اللبن اذا كان غالبا فهو متبوع والطعام تبع فلا يمنع وقوع التحريم كما لو اختلط بالما قال واذا
اختلط بالدوا وهو الغالب تعلق به التحريم وذلك لان الدوا يحصل في اللبن ليوصله الى مكان لا يصل اليه
بنفسه فوقوع التحريم به مع مخالطته اولى واما اذا غلب الدوا فقد صار اللبن على صفة لا يقع
به الغذا فزالت صفته التي يتعلق بها التحريم قال وان حلب اللبن من المراة بعد موتها فاوجر
به الصبي تعلق به التحريم وقال الشافعي لا يتعلق به التحريم لنا قوله عليه السلام الرضاع ما انبت اللحم
وهذا موجود في لبن الميتة ولانه وصل الى جوفه في مدة الرضاع وهو مما يقع به التغذي فصار كلبن
الحية فان قيل لبن لا يحل شربه فلا يحصل به الرضاع اصله لبن الكلب قيل له البهايم لا يحصل
بينها وبين الادمي تحريم النسب كلبن الشاة فلا يثبت بينهما تحريم الرضاع قال واذا اختلط اللبن
بلبن شاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم وذلك لان لبن الشاة
لا تاثير له في التحريم فصار بمنزلة الما واعتبر فيه الغلبة قال واذا اختلط لبن امراتين تعلق
التحريم باكثرهما عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد بهما وجه قول ابي يوسف رحمه الله وهو رواية الحسن
بن زياد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يتعلق بالغالب والمغلوب تبع فلا تعتد به
كما لو غلب عليه الما وجه قول محمد وهو قول زفر رحمه الله ان اللبن لا يصير مستهلكا في جنسه وانما
يستهلك في غير جنسه واذا كان كل واحد منهما غير مستهلك في الاخر تعلق التحريم بهما قال
واذا نزل للبكر لبن فارضعت به صبيا تعلق به التحريم وذلك لان التغذي به يقع كما يقع بلبن الثيب
قال واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لان التغذي به لا يقع كما لا يقع
به ولا يسمى ايضا رضاعا فلم يتعلق به التحريم قال واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع
بينهما وذلك لان لبن الشاة لا يسمى رضاعا ولا يقع به الاكتفاء فصار كغير اللبن قال
واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج وذلك لان الصغيرة
صارت بنت الكبيرة والجمع بين المراة وبنتها في النكاح لا يجوز حال الابتداء ولا حال البقاء
قال فان كان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت بسبب من جهتها قبل الدخول
كما لو ارتدت قبل الدخول قال وللصغيرة نصف المهر وذلك لان الفرقة وقعت عليها
قبل الدخول بسبب لا من جهتها كما لو طلقها قال ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت

تعمدت به الفساد فان لم تتعمد فلا شي عليها وقال الشافعي رحمه الله تضمن في الحالين لنا ان الرضاع ليس باتلاف
وانما هو سبب في الاتلاف واسباب الاتلاف تختلف بالتعدي وغير التعدي اصله حفر البير ان كان
في ملكه لم يضمن ما تلف به وان كان في غير ملكه ضمن ومعلوم ان الرضاع مباح اذا لم يقصد
به الفساد ومندوب اليه عند حاجة الصغير وواجب اذا خيف عليه واذا لم يكن متعديا
فيه لم يضمن فان قيل كل فعل اذا قصد به الاتلاف تعلق به الضمان واذا لم يقصد به
الاتلاف اصله الرمي قيل له الرمي مباشرة للاتلاف فاستوى فيه القصد وغيره وفي
مسلتنا الاتلاف بسبب فصار كحفر البير واذا ثبت ان الضمان يلزم اذا تعمدت الفساد قال
اصحابنا يضمن نصف المسمى وقال الشافعي رحمه الله نصف مهر مثلها وفي قول اخر جميع المثل
لنا ان خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له بدليل ان الاب لا يملك خلع بنته الصغيرة
على مالها ولو كان له قيمة جاز بذل مالها في مقابلته ولهذا ايضا لو طلق المريض امراته لم يضمن شيا
للغرما ولو نفوت بضعها ضمنت المهر كما لو اعتق عبده واذا لم يتقوم لم تضمنها البضعه بالاتلاف وانما
تضمن لانها قررت عليه ضمان نصف الصداق وقد كان يجوز ان يسقط عنه بان تكبر فترتد او تمكن ابن
زوجها من نفسها فصار كانها اتلفت عليه ما غرمه فتضمنت ذلك فان قيل من اتلف شيا وضمنه يجب ان يضمنه
بقيمته لا بالبدل الذي ملكه به اصله ساير المتلفات قيل له لا نسلم انها تضمن بالاتلاف على ما بيناه وقد
نقل عن الشافعي رحمه الله انها تضمن نصف مهر مثلها فلو صح ما قالوه لوجب ان يضمن جميع مهر المثل على هذا
القول فبطل تاثيره وقد قال اصحابنا في الصبي اذا حقن باللبن لم يتعلق به التحريم لانه يصل الى الامعاء
السفلى والغذا انما يكون في الامعاء العليا وعن محمد رحمه الله انه يقع به التحريم لانه يصل الى الجوف فصار
كما لو وصل من الفم وقد قال ابو حنيفة رحمه الله في الرجل يطلق امراته وانقضت عدتها ولها لبن منه فتزوجت
وحبلت من الثاني فارضعت صبيا التحريم من الاول دون الثاني فان وضعت فالتحريم من الثاني دون
الاول وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا نزل لها لبن من الثاني فالتحريم من الثاني وبطل الاول وعنه انها
اذا حبلت فاللبن من الثاني وقال محمد رحمه الله اذا نزل لها لبن فالتحريم من الزوجين فاذا وضعت فالتحريم
للثاني خاصة وقال الشافعي رحمه الله اذا حبلت واللبن حاله لم ينقطع ولم يزد فهو للاول قولا
واحدا فان زاد فيه قولان احدهما انه للاول والاخر انهما وان انقطع ثم عاد فيه ثلثه اقوال

القولان الاولان وقول ثالث ان اللبن للثاني وهو الصحيح وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الولادة
سبب لنزول اللبن والحبل قد ينزل اللبن معه وقد لا ينزل فالظاهر يقتضي تعلق الحكم بالسبب الاول
وما بعده محتمل فلا يتغير السبب الاول بالاحتمال ولان زيادة اللبن ايضا لا يدل على حدوث لبن
من الثاني لانه قد يزيد لجودة الغذا وصحة البدن فلا يزول التحريم الاول بالشك وجه قول ابي يوسف
ان الحامل قد ينزل لها اللبن فاذا زاد لبنها فالظاهر انه حدث من الحمل الثاني وجه الرواية الاولى عنه
ان الحبل انقطع اللبن الاول وحدث عنه لبن اخر فتعلق الحكم به وجه قول محمد رحمه الله ان اللبن الاول
باق والزيادة تدل على نزول اللبن الثاني فصار كلبن امراتين خلطا فتعلق التحريم بهما فاذا وضعت
انقطع اللبن الاول لاجل الغالب فتعلق الحكم بالثاني قال ولا تقبل في الرضاع شهادة النسا
منفردات وانما تثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين وقال الشافعي رضي الله عنه يثبت بشهادة اربع نسوة
لنا ان الرضاع معنى يجوز للرجال الاطلاع عليه الا ترى ان محارمها ينظرون اليها وما كان
للرجال الاطلاع عليه لا يجوز الاقتصار فيه على شهادة النسا اصله الاموال وقد روي ان
رجلا تزوج امراة فجات امراة فزعمت انها ارضعتهما فسال الرجل عليا رضي الله عنه عن ذلك فقال هي امراتك
ليس احد يحرمها عليك فان تنزهت فهو افضل وعن ابن عباس رضي الله عنه مثله وعن عمر رضي الله عنه لا يجوز الا
شاهدين فان قيل روي ان عقبة بن الحرث رضي الله عنه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب فجات سودا فقالت اني
ارضعتكما قال عقبة فذكرت ذلك للنبي عليه السلام فاعرض ثم ذكرته له فاعرض ثم قال في الثالثة او الرابعة
فارقها قلت يا رسول الله انها سودا قال كيف وقد قيل هذا لا دلالة فيه لان النبي عليه السلام انما ذكر
ذلك على طريق التنزه والاولى يبين ذلك انه اعرض عنه اولا ولو وجب التفريق لم يعرض
ثم قال فارقها وهذا يدل على بقا النكاح

كتاب الطلاق

قال الشيخ رحمه الله الطلاق في اللغة عبارة عن ازالة القيد وهو ماخوذ من الاطلاق
تقول اطلقت ابلي واطلقت اسيري وطلقت امراتي فاصل الجميع واحد وانما فصلوا بينهما
لاختلاف المعنى فقالوا في المراة طلاق وفي غيرها اطلاق والطلاق في الشرع عبارة عن
معنى موضوع لحل النكاح والدليل على وقوع الطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان وقوله
فطلقوهن لعدتهن وقال النبي عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه قال

رحمه الله الطلاق على ثلثة اوجه احسن الطلاق وطلاق السنة وطلاق البدعة فاحسن الطلاق
ان يطلق الرجل امراته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها
والاصل في ذلك ما روي بشر بن الوليد عن ابي يوسف رحمه الله عن عبيدة الضبي عن ابراهيم النخعي رحمه الله ان
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون ان لا يطلقوا للسنة الا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك
حتى تنقضي العدة وروي في خبر اخر وكان ذلك احسن عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا في ثلثة
اطهار ولان هذا الطلاق ابعد من الندم وكلما بعد الطلاق من الندم فهو اولى قال
وطلاق السنة ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وذلك لما روي في حديث ابن عمر رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام قال له ما هكذا امرك ربك يا ابن عمر انما امرك ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها
لكل طهر تطليقة قال وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد
وقال الشافعي رحمه الله لا اعرف في عدد الطلاق سنة ولا بدعة وهو مباح دليلنا قوله تعالى
الطلاق مرتان فاما ان يكون المراد به الخبر او الامر ولا يجوز ان يكون المراد به الامر فكانه قال
طلقوهن مرتين والامر بالتفريق يقتضي تحريم الجمع ولما روي في حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه
ان بعض ابايه طلق امراته الفا فذكر ذلك للنبي عليه السلام فقال بانت بثلث في معصية وتسعمائة
وسبعة وتسعين فيما لا تملك وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا يوتى برجل طلق امراته ثلثا الا اوجعه
ضربا واجاز ذلك عليه وروي عن علي وابن مسعود وعمران بن الحصين رضي الله عنهم مثل ذلك ولانه
تحريم البضع بقول الزوج من غير حاجة فتعلق به الكراهة اصله الظهار فان قيل هذا الطلاق
في طهر لم يجامعها فيه فوجب ان لا يكره كما لو طلقها واحدة قيل له ايقاع الواحدة يامن معه الندم
في الغالب فكره كما كره الطلاق عقيب الجماع قال فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وبانت منه
وكان عاصيا ومن الناس من قال لا يقع الطلاق الثلث بكلمة واحدة والدليل على فساده ما
ذكرناه من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه ولما روي ان ابن عمر رضي الله عنه قال للنبي عليه السلام ارايت لو طلقتها
ثلثا كانت تحل لي قال لا وتكون معصية قال والسنة في الطلاق من وجهين سنة
في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها
وذلك لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وروي عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم

ان المراد به لقبل عدتهن وهو عام في المدخول وغير المدخول ولان المنع يعود الى جميع التطليقات
وهذا لا يختلف بالمدخول بها وغير المدخول بها قال والسنة في الوقت يثبت في المدخول بها
خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه وغير المدخول بها يطلقها في حال الطهر والحيض
والاصل في ذلك ما روي ان ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته في حال الحيض فقال النبي عليه السلام ما هكذا امرك
ربك يا ابن عمر انما امرك ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة وروي انه عليه السلام
قال لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها فاذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت فان شاء طلقها طاهرا من غير جماع او
حاملا قد استبان حملها فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق لها النساء وانما قلنا ان
هذه السنة تختلف فيها المدخول بها وغير المدخول لان الطلاق في حال الحيض انما نهي عنه
لانه يؤدي الى تطويل العدة لان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تحتسب بها من العدة
وهذا لا يوجد في غير المدخول بها لانها لا عدة عليها واما اعتبار كون المطلقة ان
تكون طاهرا من غير جماع فلا يتصور في التي لم يدخل بها قال واذا كانت المرأة لا
تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى
فاذا مضى شهر طلقها اخرى وذلك لان الشهر قد اقيم مقام الحيضة في حق الآيسة
والصغيرة في باب انقضاء العدة فاذا وجب الفصل بين التطليقات للسنة بحيضة فيمن
تحيض وجب الفصل فيمن لا تحيض بشهر قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها
وطلاقها بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر وجه قول اصحابنا ان المنع من الطلاق
عقيب الجماع انه لا يأمن ان تكون حبلت فيندم وهذا المعنى لا يوجد في الصغيرة والآيسة
وجه قول زفر رحمه الله ان الشهر اقيم مقام حيضة فيمن لا تحيض فاذا وجب الفصل فيمن تحيض بين
الوطء والطلاق بحيضة وجب الفصل فيمن لا تحيض بشهر كما وجب الفصل بشهر بين التطليقتين
قال وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع وذلك لما روي في حديث ابن عمر رضي الله عنه حين طلق
امرأته في حال الحيض ان النبي عليه السلام قال لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها فاذا طهرت ثم حاضت ثم
طهرت فان شاء طلقها طاهرا من غير جماع او حاملا قد استبان حملها ولان المنع من الطلاق
عقيب الجماع انه لا يأمن ان يكون حبلت فيندم وهذا معلوم مع ظهور الحمل قال ويطلقها

للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يطلقها
للسنة الا واحدة فاذا طلقها للسنة فصل بين كل تطليقتين بشهر اصله الآيسة والصغيرة
وجه قول محمد رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله ان الفصل بين تطليقات السنة يقع بما تنقضي به العدة وظهور
الحمل لا تنقضي به العدة فلا يقع به الفصل كالشهور فيمن تحيض قال واذا طلق الرجل امرأته
في حال الحيض وقع الطلاق ومن الناس من قال لا يقع وكذلك الخلاف في الطلاق الثلث بكلمة
واحدة دليلنا ان المنع منه دل على وقوعه اذا فعل الا ترى ان النهي لا يصح الا ان يتصور
وجوده وانما فائدة النهي تحريم المنهي عنه والمنع من ايقاع الثلث لئلا يندم فلا يقدر على
مراجعتها والنهي اذا كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يمنع من وقوعه كالبيع عند اذان الجمعة
فان قيل ان الله تعالى جعل لنا الطلاق على وجه مباح فاذا طلقها على غير ذلك الوجه لا يصح
كمن وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة فطلقها للبدعة قيل له ان الله تعالى ملكنا الطلاق وامرنا
ان نتصرف فيه على وجه مباح فاذا تصرفنا على غير ذلك الوجه لم يمنع وقوع التصرف منا فان طلقها
للبدعة وقع كذلك هذا وان كان محظورا وفارق ذلك من الوكيل ان يملك الموكل طلاق امرأته
ثم ينتقل اليه طلقها للسنة فان طلقها للبدعة وقع كذلك هذا قال ويستحب له ان يراجعها فاذا طهرت
وحاضت وطهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها اما استحباب الرجعة فلان ابن عمر رضي الله عنه لما طلق
امرأته في حال الحيض امره النبي عليه السلام ان يراجعها واما ما ذكره من انه اذا اراد طلاقها طلقها في
الطهر الذي يلي الحيضة الثانية فهو ما ذكره محمد رحمه الله في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله انه يطلقها
في الطهر الذي يلي الحيضة التي وقع فيها الطلاق قال ابو الحسن رحمه الله ما ذكره الطحاوي رحمه الله هو
قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكره في الاصل هو قولهما وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه طهر لم يجامعها فيه
ولا اوقع طلاقا فجاز ان يطلقها فيه للسنة كالطهر الذي يلي الحيضة الثانية وجه قولهما
ما روي ان النبي عليه السلام قال لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها فاذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت فان شاء امسكها
وان شاء طلقها ولان الطلاق الموقع في الحيض بمنزلة الطلاق الموقع في الطهر الذي بعده بدليل
ان تلك الحيضة لا يعتد بها ولو طلقها في الطهر لم يجز ان يطلق ثانيا كذلك اذا طلق في الحيضة
ثم طهرت قال ويقع طلاق كل زوج اذا كان بالغا عاقلا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون لما روي

عن النبي عليه السلام أنه قال كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه ولما روي عن النبي عليه السلام أنه قال رفع القلم
عن ثلث عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم وظاهر هذا يقتضي أن لا يقع
الطلاق لأن رفع القلم يقتضي رفع الحكم عنه فلا تحرم عليه امرأته لذلك ولأنه لا خلاف أن النائم لا
يقع طلاقه كذلك الصبي والمجنون لتساويهما في زوال التكليف قال وإذا تزوج العبد وقع طلاقه
يعني إذا تزوج بإذن مولاه وذلك لأنه مكلف فوقع طلاقه كالحر قال ولا يقع طلاق مولاه على
امرأته وذلك لأن إذن المولى إنما تؤثر في زوال الحجر وإذا زال الحجر وقع عقد النكاح للعبد خاصة
فكان حله إليه دون المولى الذي لا يملكه قال والطلاق على ضربين صريح وكناية قال فالصريح
قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي ولا يقع به إلا واحدة وإن
نوى أكثر من ذلك أما معرفة الصريح فإنما يرجع فيه إلى ما جرى العرف باستعماله في شيء دون
غيره وهذه الألفاظ التي ذكرها تستعمل في العرف في الزوجات ولا تستعمل في غيرهن فدل أنها
صريح ومن حكم الصريح أن يقع به الطلاق الرجعي وذلك لقوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك
بمعروف أو تسريح بإحسان فأثبت الرجعة عقيب الطلقتين ولأن ابن عمر لما طلق امرأته أمره النبي عليه السلام
أن يراجعها وقد قال أصحابنا إن لفظ الصريح لو نوى به البائن لم يكن بائنا وكان رجعيا
لأن النية تؤثر في صرف الكلام من وجه إلى وجه والصريح لا يصح صرفه من وجه إلى وجه فلم
تؤثر فيه النية وأما قوله لا يقع به أكثر من واحدة فهو قول أصحابنا وقال الشافعي إذا
قال لامرأته أنت طالق ونوى ثلثا وقع ثلث دليلنا ما روي أن ابن عمر طلق امرأته في
الحيض فأمره النبي عليه السلام أن يراجعها ولم يستحلفه أنه لم يرد ثلثا ولو احتمل اللفظ ذلك لاستحلفه
كما استحلف ركانة في البتة بالله ما أردت إلا واحدة ولأن قوله أنت طالق يقتضي تطليقة واحدة
بدلالة أنه لو قال إنه إذا لم ينو شيئا كانت واحدة وزعم المخالف أن اللفظ مشترك في تناول الواحدة
والثلث وهذا دعوى غير مسلمة لا بد له من دلالة شرعية أو لغوية فأما نحن فقد حملنا اللفظ على
ما اتفقنا على تناوله فلا نحتاج إلى دلالة فإن قيل قوله أنت طالق اسم فاعل يقال طلقت
فهي طالق كما يقال خرج فهو خارج وضرب فهو ضارب واسم الفاعل يتضمن العدد ألا ترى
أنه يحسن أن يفسره بما شاء من المصادر فيقول أنت طالق مرتين وأنت طالق تطليقة وأنت

طالق تطليقة واحدة وتطليقتين وثلث تطليقات كما يقال ضارب ضربة وضربتين وثلث ضربات
ولو كان الاسم لا يتضمن العدد لم يحسن أن يفسر به قيل له قوله طالق قد اختلف فيه أنه اسم الفاعل
أو هو صفة فعلى هذا لا نسلم ولو سلمنا أنه اسم الفاعل لم نسلم أنه يتضمن العدد فأما إذا قال
أنت طالق مرتين فهذا ظرف زمان أفاد العدد من طريق المعنى والتقدير أنت طالق في زمانين
والفعل الواحد لا يكون في زمانين فيثبت التطليقتين من طريق المعنى وإذا قال أنت طالق تطليقتين
فهذا مصدر وليس بعدد وقد قال أصحابنا إذا قال أنت طالق وقال أردت أنها طالق من وثاق
لم يصدق في القضاء وصدق فيما بينه وبين الله تعالى وذلك لأنه صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدقه
القاضي في الحكم وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق لأنه نوى
ما احتمله كلامه والله تعالى مطلع على نيته وقال لو قال أردت أنها طالق من العمل لم يصدق
فيما بينه وبين الله تعالى لأن اللفظ لا يستعمل في الطلاق من العمل فقد نوى ما لا يقتضيه لفظه
فلم يصدق ولو صرح فقال أنت طالق من وثاق لم يقع عليها شيء في القضاء لأن المرأة توصف بأنها
طالق من وثاق وإنما اللفظ ليس يستعمل فيه فإذا صرح به حمل عليه ولو صرح فقال أنت طالق
من هذا العمل لم يصدق في القضاء لأن الطلاق لا يستعمل في العمل حقيقة ولا مجازا فلم يصدق في
الحكم وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق لأن اللفظ يحتمل وإن كان خلاف الظاهر وقد روي
عن أبي حنيفة رحمه الله فيمن قال لامرأته أنت مطلقة بالتخفيف وقال نويت طلاقا من عمل أو قيد دين فيما بينه
وبين الله تعالى لأنها مطلقة من الأمرين فجاز أن يصدق فيه قال ولا يفتقر إلى نية يعني صريح
الطلاق وذلك لأن ابن عمر طلق امرأته في حال الحيض فأمره النبي عليه السلام بمراجعتها ولم يسئله
هل نوى الطلاق أو لم ينو ولأن النية يحتاج إليها في اللفظ المستعمل في شيئين ليصرف بها عن أحدهما
إلى الآخر وقد بينا أن ألفاظ الطلاق لا تستعمل في غير الزوجات فلم يفتقر إلى نية قال وقوله
أنت الطلاق وأنت طالق طلاق وأنت طالق الطلاق يعني أن هذه الألفاظ من جملة الصريح وهو
صحيح لأنه لا يستعمل في غير الزوجات قال فإن لم يكن له نية فهي واحدة رجعية وذلك
لما بينا أن صريح لفظ الطلاق موجبه تطليقة واحدة رجعية قال فإن نوى به ثلثا
كان ثلثا أما قوله أنت الطلاق فيقع به الطلاق لأن المفعول يوصف بالمصدر يقال إنما هي

اتيال وادبار يعني مقبلةً مدبرةً واذا صح وصفها بذلك وقع به الطلاق كقوله يا مطلقة فان نوي
به ثلثا كان ثلثا لان الالف واللام للاستغراق والطلاق اسم الجنس فيقتضي ذلك استغراق
جنس ما يملكه من الطلاق وذلك هو الثلث ولو قال اردت اثنين لم يقع الا واحد لانا
لم نوقع الثلث من حيث العدد وانما اوقعناه لانه جنس ما يملكه من الطلاق وذلك هو
الثلث واما قوله انت طالق الطلاق فان نوي به ثلثا وقع لما ذكرناه واما اذا قال انت
طالق طلاقًا ولم تكن له نيه وقعت واحدة لان المصدر يفيد التاكيد يقول قمت قيامًا والتاكيد
لا يفيد الا ما يفيده المؤكد قال فان قال اردت ثلثا كان ثلثا في رواية الاصل لان المصدر
يفيد معني الكثره بدليل قوله تعالى وادعوا ثبورًا كثيرًا واذا كان فيه معني الكثره جاز ان
ينوي به العدد وروي بشر عن ابي حنيفه رحمه الله انه لا يكون الا واحدة لما بينا ان المصدر يفيد التاكيد
والتاكيد لا يفيد الا ما يفيده المؤكد قال والضرب الثاني الكنايات لا يقع بها الطلاق
الا بالنية او بدلالة الحال والاصل في هذا ان الفاظ الكنايات تحتمله للطلاق ولغيره فلا ينصرف
اللفظ الي احد المحتملين الا بدليل فان نوي الطلاق وقع لان النيه تصرف الكلام من وجه الي
وجه اذا كان اللفظ محتملا لهما والدليل عليه ان النبي عليه السلام حلف ركانه انه ما اراد الا واحده وكان
قد طلق امراته البته فدل علي انه لو نوي الثلث لوقع فرجع الي نيته لما احتمل اللفظ الثلث
والواحده كذلك اذا احتمل اللفظ الطلاق وغيره وقف علي نيته فاما دلالة الحال فتقوم
مقام النية في وقوع الطلاق بالكنايه وقال الشافعي رحمه الله دلالة الحال لا توثر دليلنا ان الكلام
اذا خرج جوابا للسؤال فالظاهر انه محمول علي مقتضي السؤال بدليل قوله تعالى فهل وجدتم
ما وعد ربكم حقا قالوا نعم معناه نعم وجدنا ما وعدنا ربنا حقا واذا ثبت هذا وقالت له
زوجته طلقني فقال لها انت باين فالظاهر انه اجابها الي ما سالته وقال لها انت باين بالطلاق
ولان دلالة الحال توثر في حكم الكلام الا تري ان اللفظ الواحد يحمل علي المدح تارةً وعلي
الذم اخري لما يقارنه من دلالة الحال يقول يا فاضل لمن يستحق المدح يكون مدحا ويقول لمن لا يستحق
المدح يا فاضل وانت تريد وصفه بضد ذلك لما قارنه من دلالة الحال فان قيل ان ركانة طلق
امراته البته فجا الي النبي عليه السلام فقال اني طلقت امراتي البته فقال له ما اردت بها فقال والله

ما اردت الا واحدة فردها عليه ولم يسال عن دلالة الحال ورجع الي نيته قيل له ان ركانة قال
طلقت وهذا لا يحتاج الي دلالة الحال مع تصريحه بارادة الطلاق وانما اعتبر النبي عليه السلام
نيته في العدد ولا دلالة في ذلك قال ومي علي ضربين منها ثلثه الفاظ يقع
بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدةً وهي قوله اعتدي واستبري رحمك وانت
واحدة وهذا الذي ذكره صحيح وهذه الالفاظ الثلثه في حكم الصريح بمعني ان ما يقع
بها من الطلاق رجعي وهي في معني الكنايات في باب افتقارها الي النيه او دلالة الحال
وقد قال ابو حنيفه رحمه الله القياس في قوله اعتدي ان يكون باينا وانما تركوا القياس للاثر
قال ابو يوسف رحمه الله وهو حديث جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال لسوده اعتدي فناشدته ان يردها
لتجعل يومها لعايشه رضي الله عنها حتى تحشر في جمله ازواجه فراجعها ورد عليها يومها واما
قوله استبري رحمك فهو تفسير لقوله اعتدي فيفيد ما يفيده واما قوله انت واحده
فهو صفة لقوله انت طالق الا انه يقال انت طالق واحدةً ولا يقال انت باين واحدةً واذا كان
صفةً لصريح الطلاق يقع به ما يقع بالصريح وانما قلنا ان هذه الالفاظ تفتقر الي النيه لانها
تحتمل الطلاق وغيره الا تري انه يحتمل اعتدي بنعم الله عليك واستبري رحمك لاطلقك وانت
واحدة في قومك فاذا احتمل امرين لم تحمل علي احدهما الا بالنيه واما قوله ولا يقع بها الا
واحده فصحيح واذا نوي ثلثا لا يقع وقال الشافعي رحمه الله تقع الثلثه بالنيه في قوله اعتدي
واستبري رحمك لنا انه لفظ يقع به الطلاق الرجعي فلا يقع به الثلث وان نواها كقوله
انت واحده فان قيل انه كنايه لا ينبي عن عدد فجاز ان يقع بها الثلث كقوله انت باين
قيل له هناك اللفظ صريح في البينونه والثلث هي البينونه الكبري فاذا نوي ما يصلح له
اللفظ وقع وفي مسئلتنا اللفظ لا يفيد البينونه ولا يقع بطلقه باينه فلم يجز ان يحمل
عليه بالنيه كقوله انت طالق قال وبقيه الكنايات اذا نوي بها الطلاق كانت
واحدةً باينةً وقال الشافعي رحمه الله كلها طلاق رجعي لنا ان البينونه تفيد القطع ومنه
قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من حي فهو ميت واذا اقتضي اللفظ القطع وقع به الطلاق
وجب ان يقع مقتضاه كقوله انت طالق ثلثا ولان الزوج يملك البينونه من اوقع بنفسها

ما يملكه وقع كالثلث فان قيل روي ان ركانة طلق امرأته البتة فاستحلفه رسول الله صلى الله عليه ما اردت
الا واحدة وردها عليه قيل له المروي في الخبر انه استحلفه ما اردت الا واحدة قال له النبي عليه هو على ما
اردت وهذا لا دلالة فيه ولانه لو صح انه ردها عليه احتمل ان يكون ردها عليه بنكاح جديد وهذا
هو الظاهر بدليل انه اضاف الرد الى النبي عليه والرد الذي هو الرجعة يضاف الى الزوج قال
وان نوى ثلثا كان ثلثا لما ذكرناه من حديث ركانة ولان البينونة تارة تكون بالواحدة وتارة تكون بالثلث
واذا نوى احد ما احتمله اللفظ وقع قال وان نوى اثنتين كانت واحدة وقال زفر يقع ما نوى
وبه قال مالك والشافعي لنا ان البينونة لا تتضمن العدد الا ترى انه لا يصح ان ينطق بها بعدد
فيقول انت بائن اثنتين واذا لم تتضمن العدد لم يصح ان يقع بالنية ما لا يتضمنه الكلام وجه قول زفر
ان كل لفظ جاز ان يقع به الثلث جاز ان يقع به ما دونه كالواحدة قلنا الواحدة والثلث انما تقع من حيث
ان كل واحد منهما بينونة واللفظ يقتضي ذلك فلا تقع من حيث العدد ولو اوقعنا اثنتين اذا نوى
لاوقعناها من حيث العدد وقد بينا ان اللفظ لا يقتضي ذلك يبين صحة ما قلنا انه اذا قال لزوجته
الامة انت بائن ينوي الثنتين وقع لما كانت البينونة الكبرى في حقها فكانت كالثلث في حق الحرة وقد
قالوا اذا طلق امرأته الحرة واحدة ثم قال انت بائن ينوي اثنتين لم يقع الا واحدة لان الحرة لا تبين
بالثنتين قط لولا ما تقدم من الطلاق فلم يكن ذلك وقوع بينونة فيها فلم يقع بالنية قال
وهذا مثل قوله انت بائن الى اخره هذه الالفاظ التي ذكرها كلها كنايات لانها تحتمل الطلاق وغيره
قال فان لم يكن له نية الى قوله الا ان سويه اما اعتبار النية او دلالة الحال في وقوع الطلاق
بالفاظ الكنايات فقد بيناه الا ان الحكم يختلف في دلالة الحال على ما نبينه وقد قسم اصحابنا
الكنايات ثلثة اقسام فالقسم الاول لا يدين فيه في القضاء في مذاكرة الطلاق كانا او في حال الغضب
وذلك قوله امرك بيدك واختاري واعتدي لان هذه الالفاظ لا تصلح للسب ولا للابعاد فالظاهر
منها الطلاق ومن تكلم بكلام الظاهر منه الطلاق لم يصدق في صرفه عن ظاهره
كما لو قال انت طالق ثم قال نويت طلاقا من وثاق فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين لجواز ان
يكون كما قال والله تعالى اعلم بنيته والقسم الثاني لا يدين في القضاء اذا كانا في مذاكرة الطلاق
ويدين اذا كانا في حال الغضب وذلك في كل لفظ يصلح للسب وهي خمسة الفاظ خلية

وبرية

وبرية وبائن وبتة وحرام لان هذه الالفاظ تصلح للسب الا ترى انه يقول انت خلية من الخير وبرية
من الاسلام وبائن من الدين وبتة من المروة وحرام الاجتماع معك فاذا كان في حال الغضب فهي
حال تصلح للسب وتصلح للطلاق فاذا احتمل الامرين لم تحمل على احدهما الا بالنية فاما اذا كانا في
حال مذاكرة الطلاق مثل ان تقول طلقني فيجيبها ببعض هذه الالفاظ فهذه الحال لا تصلح الا للطلاق
فوجب حمل هذه الالفاظ على الطلاق دون السب فلم يقبل قوله فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين
لجواز ان يكون كما قال وقد روي عن ابي يوسف انه زاد في ذلك اربعة الفاظ اخر وهي لا سبيل
لي عليك وفارقتك وخليت سبيلك ولا ملك لي عليك قال لانها تحتمل السب الا ترى انه يقول
لا سبيل لي عليك لشرك وفارقتك في المكان لكراهة اجتماعي معك وخليت سبيلك وما انت عليه
ولا ملك لي عليك لانك اقل من ان املكك والقسم الثالث يدين في القضاء في حال الغضب
وفي حال مذاكرة الطلاق وذلك مثل قوله اعزبي وتقنعي واستتري واخرجي واذهبي وقومي
وتزوجي ولا نكاح لي عليك وعلى قول ابي حنيفة ايضا لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك
وذلك لان هذه الالفاظ تذكر ويراد بها الابعاد وحال الغضب حال الابعاد لان الانسان
يبعد زوجته فيها وان لم يطلقها وكذلك حال ذكر الطلاق لانها لو قالت له طلقني فقال لا سبيل
لي عليك احتمل لا سبيل لي على طلاقك ولا ملك لي على طلاقك وهذا يذكر ويراد به الامتناع
من الطلاق فاذا احتمل هذا في الحالين الابعاد واحتمل الطلاق رجع الى نيته فاما معرفة الكنايات
فكل لفظ كان له تعلق بالطلاق فهو كناية كقوله اذهبي لانه يحتمل اذهبي لاني قد طلقتك وكذلك
تزوجي هو كناية تقديره تزوجي لاني قد طلقتك ولو قال كلي ونوى به الطلاق لم يقع لان الاكل
لا تعلق له بالطلاق فعلى هذا المعنى يجب ان يراعى معرفة الكنايات ولو قال لا حاجة لي فيك
ينوي به الطلاق لم يقع لان نفي الحاجة يجتمع مع الزوجية الا ترى ان الانسان قد يتزوج من لا
حاجة له فيها واذا قال لم اتزوجك لم يقع به الطلاق وذلك لان الطلاق هو حل العقد بعد وقوعه
وهذا نفي لاصل النكاح وهو كاذب فلا يقع به الطلاق قال واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة
والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن وطالق اشد وافحش الطلاق وطلاق الشيطان
والبدعة وكالجبل وملء البيت وذلك لانه وصف الطلاق بضرب من الزيادة والزيادة قد تكون

بالبينونة وقد يكون بالعدد فوجب اثبات المتيقن منهما وهو البينونة وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله في جميع
ذلك وقد خالفه ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في بعض ذلك فقال ابو يوسف رحمه الله اذا قال مثل الجبل فهو رجعي وروي عنه
انه قال ينظر الى المشبه به فان كان يفيد الشدة والعظم مثل الجبل فهو باين وان كان لا يفيد ذلك
مثل قوله مثل حبة الخردل لم يكن باينا ووجه قوله انه يحتمل انه اراد البينونة ويحتمل انه وصف
الطلاق بانه يكبر عليها ويعظم فلا يحمل على البينونة بالشك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ايضا اذا قال
انت طالق مثل هذا الكوز انه رجعي ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه وصف الطلاق بضرب من الزيادة
فصار كقوله انت طالق تطليقة طويلة ووجه قولهما انه لم يصف الطلاق بشيء وانما خصها
فصار كقوله انت طالق في الدار ولو قال انت طالق تطليقة ملء الكوز كان باينا في قولهم لانه صفة
للطلاق تقتضي زيادة عظم وحكم وليس ذلك الا البينونة قال واذا اضاف الطلاق الى جملتها
او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق مثل ان يقول انت طالق او رقبتك طالق الى آخره وذلك لان هذه
الالفاظ يعبر بها عن الجملة الا ترى انه يقال عند فلان كذا كذا راسا من الرقيق وفي الدار كذا كذا نفسا
واذا كان ذكر هذه الاشيا كذكر الجملة صار كقوله انت طالق فيقع به الطلاق قال وكذلك ان
طلق جزءا شايعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك وذلك لان التحريم يثبت في ذلك الجزء ثم يسري
الى الجميع كمن اعتق بعض جاريته قال ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال
زفر رحمه الله يقع وبه قال الشافعي رحمه الله لنا ان الطلاق رفع لعقد لو اضافه الى جزء معين لم يصح فاذا
اضاف رفعه الى جزء معين لم يصح ايضا كالاقالة في البيع ووجه قول زفر رحمه الله انه اوقع الطلاق
على جزء منها متصل بها اتصال خلقة فوجب ان يقع كما لو قال راسك طالق قلنا هذا يبطل بالدم والحمل
اذا اشار بالطلاق اليه ولان الراس لو اشار اليه بالطلاق وهو يريد العضو ولا يريد الجملة لم يقع
الطلاق ايضا وانما يقع اذا اراد بذكره الجملة وهذا لا يوجد في اليد والرجل لانه لا يعبر به عن الجملة
فاختلفا قال ولو طلقها نصف تطليقة او ثلث تطليقة كانت طالقا واحدة وذلك لان الطلاق
لا يتبعض وما لا يتبعض فذكر بعضه كذكر جميعه اصله العفو عن دم العمد فعلى هذا اذا قال
انت طالق تطليقة ونصف تطلق تطليقتين ولو قسم الطلاق بين نسايه فقال لامراتين له بينكما تطليقة
وقع على كل واحدة تطليقة كاملة فلو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقتين وقع على كل واحدة

منهن تطليقة لانا اذا قسمنا بينهن تطليقتين اصاب كل واحدة نصف تطليقة ولا يجوز ان يقسم كل
تطليقة على حيالها لان قسمة ما لا يتفاوت احاده انما يكون على الجملة وانما تقسم الاحاد في الجنس
الذي يتفاوت احاده وههنا احاد التطليقات لا تتفاوت فيكون القسمة على الجملة فان قال الزوج
انما اردت قسمة كل تطليقة على حيالها وقع على كل واحدة تطليقتين لانه شدد على نفسه فوقع
ما نوى قال وطلاق المكره والسكران واقع اما المكره فلا خلاف فيه بين اصحابنا وقال الشافعي
لا يقع طلاقه لنا ما روي صفوان بن عمرو الطايي ان رجلا كان مع امراته فاخذت سكينا
وجلست على صدره ووضعت السكين على حلقه وقالت لاذبحنك او لتطلقني ثلثا فناشدها الله
فابت عليه وطلقها ثلثا فذكر ذلك للنبي عم فقال لا قيلولة في الطلاق وذكره محمد في الاصل
ولان الاكراه معنى يدل على فقد الرضا فمع صحة القول فلا يمنع من صحة الطلاق كالهازل وكما لو
شرط الخيار فان قيل قال النبي عم رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه قيل له كلامه
متروك بالاجماع لانا نعلم ان فعل الناسي والخاطي والمكره موجود فنعلم ان المرفوع غير الفعل فليس
لهم ان يحملوه على رفع حكم الفعل الا ولنا ان نحمله على رفع الماثم فيقف على الدليل ولا يجوز حمله
عليهما لان العموم لا يعتبر في المضمرات واما السكران فقال اصحابنا يقع طلاقه وكان ابو الحسن
يختار انه لا يقع وهو قول الطحاوي رحمه الله واحد قولي الشافعي رحمه الله ووجه قول اصحابنا ان السكران
مكلف بدليل وجوب حد القذف عليه والقود بالقتل وطلاق المكلف واقع الدليل عليه غير السكران
ووجه قول ابي الحسن رحمه الله ان زوال العقل بشرب النبيذ كزواله بشرب البنج والدوا وقد اجمعوا انه لا
يقع طلاق البنج كذلك السكران الجواب ان شرب البنج في الغالب في العادة لا يقع على وجه
المعصية وانما يقع على وجه التداوي ثم يفضي الى زوال العقل فلم يعاقب ببقاء التكليف واذا
زال التكليف لم يقع طلاقه وليس كذلك شارب النبيذ لانه يقع في الغالب على وجه المعصية
فعوقب ببقاء التكليف في حقه فوقع فان قيل يجب على هذا اذا شرب البنج على وجه المعصية
ان يقع طلاقه قيل له الغالب انه لا يشرب على وجه المعصية فالحكم يتعلق بالغالب قال
ويقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني السكران وليس هذا من مذهب اصحابنا ولعل صاحب
الكتاب رحمه الله كان يقوي عنده مذهب ابي الحسن رحمه الله في انه لا يقع طلاقه فاذا قال نويت الطلاق

مسلق بالاجماع والله اعلم وقال محمد رحمه الله فيمن شرب النبيذ فلم يزل عقله ولكنه صدع فزال عقله بالصداع
ان طلاقه لا يقع لان ذلك حصل بسبب هو لذه قال وكذلك اللاعب بالطلاق والهازل به وذلك
لما ذكر الحسن ابن زياد رحمه الله في كتاب الطلاق قال وقد جا عن رسول الله صلى الله عليه انه قال من طلق لاعبا جاز
ذلك عليه واحتج ابو يوسف رحمه الله في هذا فقال حدثنا محمد بن اسحاق عن زيد بن عبد الله عن سعيد بن
المسيب قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه انها امور معضلات الجد والهزل بهن سوا الطلاق والعتاق
والنكاح وقال ابو يوسف عن اسماعيل بن مسلم عن الحسن بن ابي الدردا انه قال من لعب بطلاق او عتاق
لزمه ولان هذه الاية نزلت في ذلك ولا تتخذوا ايات الله هزوا قال وكذلك الرجل يريد
غير الطلاق فسبقه لسانه بالطلاق كرجل اراد ان يقول لزوجته اسقني ما فسبقه لسانه
فقال انت طالق وقع الطلاق وذلك لان القصد اذا لم يعتبر فيه فسبق اللسان ليس فيه اكثر
من عدم القصد فيقع وكذلك العتاق قال ويقع طلاق الاخرس بالاشارة وهذا الذي
ذكره استحسان والقياس ان لا يقع وجه القياس ان الاشارة غير محققة ولا معلومة فكان
كالكلام الذي لا يفهم وجه الاستحسان ان الاشارة اذا صارت معلومة معروفة فهي تدل
على معنى مفهوم فصارت بمنزلة الكتابة فيقع بها الطلاق وقد قال اصحابنا ان الطلاق
بالكتابة يقع اذا اراد بذلك الطلاق وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول اخر لا يقع لنا ان الكتابة
تقوم مقام قول الكاتب بدليل ان النبي عليه السلام قامت كتبه الى الافاق مقام دعايه بنفسه عليه السلام
ولان الكتابة حروف منظومة تدل على معنى مفهوم فيقع به الطلاق كالكلام فان قيل الكناية
بصريح الكلام لا يقع به شي بغير نية فلو وقع بها الطلاق لم يفتقر الى نية كالكلام قيل له لا
نسلم انه اذا كتب على وجه لا احتمال فيه وقع الطلاق عندنا بغير نية مثل ان يكتب اما بعد يا
فلانة اذا وصل اليك كتابي هذا فانت طالق فاما ان يكتب على غير وجه المخاطبة وكتب فلانة طالق
لم يقع حتى ينوي لانه يحتمل ان يكون قصد بالكتابة تجويد خطه فلا يحمل على الطلاق الا بالنية
كالفاظ الكنايات واما الكلام الصريح فانما لا يحتاج الى النية لانه لا احتمال فيه لعرف الاستعمال
ولا عرف في الكتابة ولهذا قلنا اذا كانت الكتابة على وجه المخاطبة لا يحتاج الى نية لان لها طاهرا
فهي كالكلام ولو قال ما اردت الطلاق لم يصدق كما لا يصدق في الكلام ٥ وقد قال

اصحابنا

اوقع به الطلاق
احتمل ان يكون ...

اصحابنا انه اذا كتب كتابة لا تستبين او كتب في الهوي فانه لا يقع الطلاق وان نوى لان ذلك بمنزلة الكلام
الذي لا يستبين فلا يقع به شي وقالوا لو كتب اما بعد فاذا وصل اليك كتابي فانت طالق فانها لا تطلق
حتى يصل اليها كتابه لانه علق الطلاق بشرط فلا يقع قبل وجوده قال واذا اضاف الطلاق
الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول اذا تزوجتك فانت طالق او كل امراة اتزوجها فهي طالق
وهو قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لنا ان الطلاق يصح تعليقه بالشروط
فصح ان يضاف الى الملك كالنذر ولانه اضاف الطلاق الى وقت يملك ايقاع الطلاق فيه في الظاهر وهو
ممن له قول صحيح فوجب ان ينعقد طلاقه كما لو قال لزوجته انت طالق راس الشهر فان قيل روي عن
النبي عليه السلام انه قال لا طلاق قبل نكاح قيل له ذكر المديني وابن ابي شيبة انه لا اصل له ولو ثبت الخبر لم يكن
فيه دليل لانه يقتضي نفي وقوع الطلاق قبل النكاح وكذلك نقول وانما عندنا ينعقد على الطلاق
قبل النكاح ولم يطلق قبله وانما طلق بعده والخبر لا ينفي ذلك يبين صحة ما قلناه ما روي ان الزهري
ومكحولا تاولا الخبر على رجل اراد ان يتزوج امراة فقال انت طالق ثم تزوجها وهذا صحيح لان
الطلاق هو الايقاع واما المعلق بالشرط فلا يسمى في حقيقة الاسم ولا يضاف الكلام اليه الا بدليل
قال واذا اضافه الى الشرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق
وذلك لانه اذا علق الطلاق بالشرط فهو بمنزلة المتكلم بالجواب عند وجود الشرط من طريق
الحكم الدليل عليه ان ما تكلم به يثبت حكمه عقيب الشرط بالقول المتقدم فوجب اعتباره في ذلك
الوقت فان قيل لو قال الصحيح لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثم جن فدخلت الدار وقع طلاقه
وان كان لو ابتدا الطلاق في هذه الحال لم يقع قيل له انما جعلناه كالمتكلم في ذلك الحال من طريق
الحكم والمجنون يقع طلاقه من طريق الحكم بدليل عتق ذوي ارحامه بملكهم ووقوع الفرقة بينه وبين
امراته اذا كان عنينا فاجله القاضي فمضت المدة وهو مجنون فانه يفرق بينهما وهو طلاق من طريق
الحكم قال ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك وقال
ابن ابي ليلى رحمه الله يقع وليس بصحيح لانه طلاق لم يوقعه في ملك ولا اضافه الى ملك فلا يقع به
شي كما لو قال للاجنبية انت طالق فان قيل المعلق بالشرط كالموقع عقيبه فكانه قال حين دخلت
الدار انت طالق قيل له هو كذلك اذا صح التعليق وخلافنا في ذلك قال والفاظ الشروط

ان واذا واذا ما ومتى ومتى ما وكل وكلما الدليل على انها شروط ان الافعال تليها والشرط انما يكون شرطا للفعل وهو مأخوذ من العلامة كانه جعل الشرط علامة لتعلق الحنث بالفعل وقد قال اهل اللغة ان اصل الشروط من ان وما سواها داخل عليها الا ترى ان حرف ان ليس فيه معنى الوقت فهو شرط محض وما سواها فيه معنى الوقت فهو ملحق بها والشروط تتعلق بالافعال المستقبلة لان الشرط ما يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد وهذا لا يكون في الماضي وانما يكون في المستقبل فلذلك اختص الشروط بالافعال المستقبلة والشروط ايضا تختص بالافعال دون الاسماء لان الافعال هي التي يجوز ان يعقد عليها دون الاسماء فيتعلق الجزاء بوجودها او بنفيها والاسم لا يصح ان يتعلق الجزاء به فلم يكن متعلقا بالشروط ولهذا قالوا ان كلا ليست بشرط في الحقيقة لان الاسم يليها ولا يليها الفعل الا انها في معنى الشرط فيما عاد ذكره من الافعال على الاسماء التي دخلت عليها كل فيكون ذلك الفعل بمعنى الشرط مثل ان يقول كل عبد اشتريته فهو حر فيكون ذلك بمعنى الصفة كانه اعتق ضربا ممن حلف عليه وليست بشرط صحيح لان الافعال التي يكون الجزاء مستحقا بها لا تليها الا ترى انه لا يقول كل ما دخلت الدار فانت طالق كما يقول ان دخلت الدار فانت طالق فاما بقيه الالفاظ فهي شروط في الحقيقة الا ترى ان الفعل يليها يقول ان دخلت الدار فانت حر وان حر ان دخل الدار فيليها الفعل تقدم الجزاء او تأخر قال وهذه الشروط كلها اذا وجد فيها الشرط انحلت اليمين الا في كلما والاصل في هذا ان كلما تفيد التكرار والدليل عليه قوله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها وقوله كلما اوقدوا نارا للحرب اطفأها الله وقد فهم منه التكرار ولان كلما فيها معنى الجمع فجمع الافعال كلها ويصير كل فعل معقودا عليه فيتعلق الحنث بالثاني كما تعلق بالاول وما سوى كلما من الشروط لا تفيد الجمع وانما ينعقد على جنس الفعل واما كل فقد بينا انها ليست بشرط محض لان الاسم يليها فهي تجمع الاسماء ولا تكرر الافعال فيتكرر الحنث فيها بتكرار الاسم الذي دخلت عليه كما تكرر الحنث في كلما بتكرار الفعل الذي دخل عليه فاذا ثبت هذا قلنا اذا وجد الشرط حنث لانه عقد على جنس الفعل دون عدده فاما اذا وجد تعلق به الجزاء وليس في لفظه ما يفيد التكرار فانحلت اليمين فاذا عاد الفعل ثانيا فقد وجد ولا يمين فلم يتعلق به حنث واما كلما فانها تفيد التكرار فيصير كل فعل معقودا عليه فيتكرر الحنث بتكرار الشرط حتى يستوفي طلاق الملك الذي حلف

عليه فان تزوجها بعد زوج ثم وجد الشرط لم يحنث لان ذلك الطلاق لم يكن في ملكه يوم حلف ولا اضاف يمينه اليه ولا هو تابع لما كان في ملكه حين حلف فلم يتعلق به اليمين قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وذلك لان اليمين تصح مع عدم الملك ابتداء فلان تصح حال البقاء اولى قال فان وجد الشرط في ملك انحلت اليمين ووقع الطلاق وان وجد في غير ملك انحلت اليمين ولم يقع شيء وهذا الذي ذكره مثل ان يقول لزوجته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار مع بقاء الزوجية وقع الطلاق وانحلت اليمين لوجود الشرط في الملك ولو ان الزوج طلقها قبل وجود الشرط وانقضت عدتها ثم دخلت الدار فانه لا يقع عليها شيء وتنحل اليمين وذلك لان اليمين معلقة بالشرط وقد وجد فانحلت اليمين تبين ذلك ان الحنث لا يختص بالملك الا ترى انه لو قال لامرأته انت طالق ان دخل هذا العبد الدار ثم باع العبد فدخل الدار وقع الطلاق واذا لم يختص الحنث بالملك انحلت اليمين بوجود الشرط وان لم يكن في ملكه فاما وقوع الطلاق فلا يكون الا في ملك وقد لم يوجد فلم يقع قال واذا اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج فيه الا ان تقيم المراة بينة وذلك لان الاصل عدم الشرط فالظاهر انه لم يوجد ومن تمسك بالظاهر كان القول قوله كالمدعى عليه المال اذا انكر فان اقامت المراة بينة على ذلك قبلت لانها اثبتت بالبينة امرا حادثا فهو كاقامة المدعي البينة على المال قال فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق فقالت قد حضت طلقت وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يقبل قولها ووجه القياس ان وجود الحيض شرط في وقوع الطلاق فلا يقبل قولها فيه كما لو كان الشرط دخول الدار فادعته ووجه الاستحسان ان هذا معنى لا يعلم الا من جهتها فكان القول قولها فيه اصله انقضاء العدة والمنع من الوطي اذا قالت انا حائض قال واذا قال اذا حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت ولم تطلق فلانة وذلك لما بينا ان القياس ان لا يقبل قولها ايضا في حق نفسها وانما استحسنا ذلك لان قولها مقبول في حق نفسها فيما لا يعلم الا من جهتها اصله انقضاء العدة فاما قبوله في حق الغير فباق على اصل القياس وغير ممتنع ان يقبل قول الانسان في حق نفسه وان لم يقبل

في حق غيره كاحد الورثه اذا اقر بدين على الميت لرجل وكذبه بقيه الورثه واذا قال لها ان حضت فانت طالق فرات الدم لم تطلق حتى يستمر الدم ثلثه ايام فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق حين حاضت وذلك لان ما تراه من الدم لا يعلم انه حيض بوجوده لجواز ان ينقطع قبل تمام ثلثه ايام فاذا استمر ثلثه ايام علمنا انه حيض فحكمنا بوقوع الطلاق من حين رات الدم قال وان قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها وذلك لان شرط الوقوع وجود حيضه كامله ولا يتحقق ذلك الا بعد ان تطهر من حيضها وليس كذلك في المسله الاولى لانه جعل الشرط وجود الحيض وذلك يكون باول ما ترا الدم الا انا شرطنا استمراره ثلثه ايام لنعلم انه دم حيض فاذا استمر تبينا انه دم حيض فوقع الطلاق عليها حين رات الدم قال وطلاق الامه تطليقتان حرا كان زوجها او عبدا وجملة ذلك ان عند اصحابنا الطلاق معتبر بالنسا وكذلك العده وقال الشافعي رح يعتبر الطلاق بالرجال والعده بالنسا فيملك الحر من زوجته الامه ثلث تطليقات لنا ما روى ابن عمر وعايشه رض ان النبي عم قال طلاق الامه تطليقتان وعدتها حيضتان ولانه معنى يؤثر في زوال الملك يختلف بالرق والحريه فاثر فيه رق المراه اصله العده فان قيل روي عن النبي عم انه قال الطلاق بالرجال والعده بالنسا قيل له هذا خبر لا يعرف في كتاب ولم يذكره الا القشيري في رسالته وقد ذكر منها اخبارا انكرها اهل الحديث ولو ثبت مع بعد ثبوته احتمل الطلاق بالرجال اي وقوع الطلاق بفعل الرجال لا بفعل النسا كما كانت الجاهليه تصنع اذا كرهت المراه الرجل غيرت البيت فكان ذلك طلاقا منها وقد روي عن عم انه قال السنه بالنسا في الطلاق والعده قال واذا طلق الرجل امراته قبل الدخول بها ثلاثا وقعن عليها وقال الحسن البصري رح تبين بقوله انت طالق ويلغو قوله ثلثا لنا ان الكلام موقوف على اخره لجواز ان يعلقه بشرط او يدخل عليه استثناء واذا وقف على اخره صار جملة واحدة فلا يقع بعضه دون بعض ووجه قول الحسن رح ان قوله انت طالق تقع بها البينونه لانه يسبق في اللفظ ويسبق في الوقوع فلا يقع ما بعده كما لو قال انت طالق وهذا الذي ذكره لا يصح لان قوله انت طالق ثلثا كلمه واحده الا ترى انه لا يقدر ان يتكلم بها الا على هذا الوجه والكلمه الواحده لا تتبعض في الايقاع قال فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانيه وهذا الذي ذكره صحيح اذا لم يعلقه بشرط لان الاولى سبق في الوقوع فتبين به لان التي لم يدخل بها لا عدة عليها فيصادفها الطلاق الثاني وهي اجنبيه فلا يقع

قال وان قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت عليها واحدة وذلك لما بينا ان الاولى تسبق في الوقوع فتبين بها فتصادفها الثانيه وهي اجنبيه فلا تقع قال وان قال لها انت طالق واحدة قبل واحدة وقعت واحدة فان قال واحدة قبلها واحده وقعت ثنتان وهذا الذي ذكره مبني على اصلين احدهما انه متى كان الملفوظ به موقعا اخيرا وقعت ثنتان وانما كان كذلك لان الملفوظ به اولا اذا كان موقعا اولا يسبق في الوقوع فتبين به وتجد الثاني وهي اجنبيه فلا تقع واذا كان الملفوظ به اولا موقعا اخيرا لم يسبق في الوقوع فوقع الكلامان معا والاصل الثاني ان الانسان لا يملك ايقاع الطلاق في زمان ماض لان الطلاق وضع لرفع الاستباحة وما مضى من الاستباحه لا يمكن رفعها واذا ثبت هذا قلنا اذا اوقع الطلاق في زمان متقدم اعتبرت الحال فان كانت المراة في الحال ممن يجوز ان توصف بالطلاق الذي اوقعه عليها في الوقت المتقدم وقع عليها في الحال وهذا كمن قال لامراته وقد تزوجها اول من امس انت طالق امس فان الطلاق يقع عليها في الحال لانها في الحال ممن يصح ان توصف بذلك الطلاق فيقع ويبطل الاضافه الى ما تقدم واما اذا كانت في الحال لا توصف بما اوقعه عليها في ذلك الوقت بطل الكلام وهو كمن قال لامراته انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع عليها شي لان اضافه الطلاق الى ما مضى لم يصح وهي في الحال لا توصف بطلاق اوقعه امس فلغا الكلام ولم يقع اذا ثبت هذا قلنا اذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة وقعت واحده لان الملفوظ به اولا هو الموقع اولا واذا قال قبلها واحده وقعت اثنتين لان الملفوظ به اولا موقع اخيرا فاقتضى اللفظ وقوع تطليقة في الحال ووقوع اخرى قبلها وهو لا يملك ايقاع طلاق متقدم فيقعان معا قال وان قال واحدة بعدها واحدة فهي واحدة وذلك لان الملفوظ به اولا موقع اولا فسبق في الوقوع وصادفتها الثانيه وهي اجنبيه قال وان قال واحدة بعد واحده وقعت عليها ثنتان لان الملفوظ به اولا موقع اخيرا قال وان قال بعد واحدة او مع واحدة او معها واحده وقعت ثنتان وذلك لان مع حرف مقارنة فيقتضي وقوع الطلاق معا وقد روي عن ابي يوسف رح في قوله معها واحدة انه تقع واحده لان الكنايه تقتضي تقدم تطليقة فتسبق احدهما فتقع ولا تقع الثانيه قال واذا قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحده وواحدة فدخلت وقع عليها واحده عند ابي حنيفه رح وقال ابو يوسف

الدار

ومحمد رحمهم الله يقع جميع ذلك وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الطلاق المعلق بالشرط كالمذكور عند وجود
الشرط فكانه قال لها بعد دخول الدار انت طالق واحدة وواحدة فتقع الاولى وتصادفها الثانية
وهي اجنبية فلا تقع ولا يشبه هذا اذا اخر الشرط فقال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار لان
جميع التطليقات تقف على الشرط وتعلق به كل تطليقة كتعلق الاخرى فاذا وجد الشرط وقع
معًا فكانه كرر لفظة الشرط عند كل تطليقة وجه قولهما ان الواو للجمع فكانه قال ان دخلت
الدار فانت طالق اثنين وهذا اذا كانت المراة غير مدخول بها فان كانت قد دخل بها وقع عليها جميع
ذلك في قولهم تقدم الشرط او اخره وهذا ظاهر على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فاما على قول ابي
حنيفة رحمه الله فلا شبهة فيه ايضًا اذا اخر الشرط فاما اذا قدم الشرط فقال ان دخلت الدار فانت طالق
واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها الاولى وتصادفها الثانية وهي في العدة فتقع عليها لان
المعتدة تقع عليها الطلاق واما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق الطلاق
الاول بالدخول خاصة وان كانت مدخولًا بها وقعت عليها الثانية والثالثة في الحال فان دخلت الدار وهي
في العدة او بعدما راجعها وقعت الاولى ايضًا وان كانت غير مدخول بها وقعت عليها الثانية حين
تكلم بها ولم تقع الثالثة لانه تكلم بها وهي بائن فاما الاولى فان دخلت الدار بعد ان تزوجها ولم يكن
دخلت قبل ذلك حنث وبانت بها هذا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان قد دخل بها وقع
عليها ثلث تطليقات وان لم يكن دخل بها وقعت عليها واحدة وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان ثم للتراخي
واذا قال ان دخلت الدار فانت طالق انعقدت يمينه فاذا قال ثم طالق وتراخي الكلام عن الاول فكانه سكت
ثم قال بعد ذلك فلا يتعلق بالشرط ووقع في الحال والمعلق بالشرط كالمذكور عند وجوده وجه قولهما
ان ثم حرف عطف فهو كالواو فيتعلق الجميع بالشرط قال واذا قال لها انت طالق بمكة فهي طالق
في كل البلاد وكذلك انت طالق في الدار وذلك لانه لم يعلق طلاقها بشرط وانما خص طلاقها بمكان
والطلاق لا يختص بمكان دون مكان والمطلقة في مكان مطلقة في كل مكان واذا لم يختص بالمكان
الذي ذكره وقع في الحال وقد قالوا لو قال اردت اذا اتيت مكة لم يصدق في القضاء لانه يدعي غير
الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه قال ولو قال انت طالق اذا
دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة وذلك لانه علق طلاقها بشرط وهو الدخول فلا تقع قبل وجود

الشرط

بائنة ولهذا المال الكلام ههنا يقع في مواضع احدها ان الخلع طلاق وهو قول عمر رضي الله عنه واحدى الروايتين
عن عثمان رضي الله عنه وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه ليس بطلاق وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه هو فسخ وفي قول الاخر هو
كناية عن الطلاق لنا انها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج طارئ على النكاح مختصة به فكانت طلاقًا
كقوله انت طالق ولانها فرقة بعوض كالطلاق على مال فان قيل قال الله تعالى الطلاق مرتان ثم قال
فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها فلو كان الخلع طلاقًا لتضمنت الاية اربع تطليقات فدل
على ان الخلع ليس بطلاق قلنا ذكر الله تعالى الطلاق بغير عوض ثم ذكر العوض فيه بقوله فلا جناح عليهما
فيما افتدت به وهذا بيان لحكم التطليقتين بعوض وبغير عوض ثم ذكر التطليقة الثالثة فلا تقتضي ما
ذكروه والثاني ان الطلاق الواقع بالخلع بائن لانه لفظ كناية بدليل انه لو قال خالعتك ينوي به الطلاق
ولم يذكر عوضًا انها تطلق فاذا كان كناية وقع به الطلاق البائن كسائر الكنايات الثالث ان الخلع عندنا
عبارة عن العقد على الطلاق بعوض الدليل عليه ما قالوا في رجل قال لرجل اخلع امراتي فخلعها بغير عوض
لم يصح ولو قال الرجل لامراته اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي بالف وقف على اجازة الزوج واذا ثبت
ذلك قلنا اذا قال لها خالعتك ونوى الطلاق لم يكن خلعًا في الحقيقة وانما يكون كناية عن الطلاق
فان ذكر عوضًا فهو عقد خلع ويفتقر الى قبول المراة فلا يقع به شيء حتى تقبل ويقع الطلاق ويلزم المال وقد
قال اصحابنا ان الزوج اذا ابتدا بايجاب الخلع فقال خالعتك على الف لم يصح رجوعه عن ذلك ولا يبطل
بقيامه من المجلس لان الزوج من جهته الطلاق وايجاب الطلاق لا يصح الرجوع عنه فان ابتدات المراة بايجاب
الخلع فقالت خلعت نفسي منك بالف فلها ان ترجع عنه قبل القبول ويبطل بقيامها لان المراة من جهتها المال
والايجاب في المال يبطل بالافتراق قبل القبول كالبيع قال وان كان النشوز من قبله كره له ان ياخذ منها عوضًا
وذلك لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الاية قال وان كان من قبلها كره له ان ياخذ اكثر مما اعطاها
فان فعل جاز في القضاء وذلك لما روي في قصة جميلة بنت ابي بن سلول وزوجها ثابت ان النبي عليه السلام امره ان ياخذ منها
ما ساق اليها ولا يزداد قال ابن جريج وفيها نزل قوله تعالى ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئًا الى قوله
فلا تعتدوها قال فلا ياخذ منها اكثر مما اعطيها فاما قوله فان فعل جاز في القضاء لما روي ان مولاة
لصفية زوجة ابن عمر اختلعت من زوجها بجميع مالها ولم ينكر ذلك ابن عمر رضي الله عنه ولان كل عقد جاز فيه العوض
القليل جاز العوض الكثير كسائر العقود قال فان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال وكان

الطلاق باينا وذلك لانه علق وقوع الطلاق بوجوب المال عليها والمال لا يجب عليها الا بقبولها فاذا قبلت لزمها
المال ووقع الطلاق ويكون باينا وذلك لان غرض المراه من بذل العوض التخلص منه فلو كان الطلاق رجعيا لزمها
ولم يوجد الغرض وذهب مالها بغير شي وهذا لا يجوز قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان خالع المراة
على خمر او خنزير فلا شي للزوج والفرقة باينه وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا وذلك لان العوض اذا بطل
في الخلع بقي لفظ كنايه والفرقه الواقعه بالكنايات التي لم تجر مجرى الصريح تكون باينه وليس كذلك الطلاق
على عوض اذا بطل العوض فيه لان صريح الطلاق يقتضي الرجعه وانما يكون باينا باستحقاق العوض فاذا بطل
العوض بقي مجرد الطلاق الصريح فثبتت فيه الرجعه واما قوله ولا شي للزوج فصحيح وقال الشافعي
عليها مهر مثلها لنا ان خروج البضع من ملك الزوج لا قيمه له على ما بينا فيما تقدم فاذا سمت في مقابلته ما لا
قيمة له فقد رضي بترك العوض فلا يلزمها شي كما لو طلق او خلع فان قيل بانه حالعها بعوض فاشبه فوجب ان
يرجع عليها ببدل البضع اصله اذا خالعها على عصير فوجد خمرا قيل له هذا لم يرض بخروج البضع الا بعوض
متقوم فاذا وجده على خلاف ذلك فقد غرته فيرجع بحكم الغرور وفي مسئلتنا رضي بما لا قيمة له فصار بمنزلة
النكول في مقابلة خروج البضع فلا يرجع بشي قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع وذلك
لان كل واحد منهما عقد على البضع فما جاز ان يثبت في احد العقدين بدلا جاز ان يثبت في الاخر قال فان قالت
له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شي فلا شي له عليها وذلك لانها لم تسم ما هو متقوم لانه
قد يكون في يدها ما له قيمه وما لا قيمه له فاذا كان كذلك فلم تغره بالتسميه والرجوع انما يكون بحكم الغرور
ولم يوجد الغرور فلا يرجع بشي وعلى هذا اذا قالت على ما في هذا البيت او على ما في نخلي او على ما في
بطون غنمي فلم يكن شي لم يرجع بشي لما بينا قال وان قالت على ما في يدي من مال ردت عليه مهرها
وقال الشافعي ترد عليه مهر مثلها لنا انها قد غرته بتسميه ما له قيمه فلا يجوز ان يزول ملكه بغير عوض
ولا يمكن الرجوع الى قيمة ما سمته لانه مجهول ولا الى قيمة البضع لانه لا يتقوم في خروجه من ملك الزوج
فوجب الرجوع الى ما تقوم به على الزوج وهو ما استحقه بعقد النكاح من المسمى او مهر المثل فان قيل الخلع
لا يكون فسخا فصار البضع مستهلكا فوجب عليها قيمته قيل له هذا يبطل اذا ارتدت المراة فقد صار البضع
مستهلكا ولا يرجع بقيمته قال وان قالت على ما في يدي من دراهم فلم يكن في يدها شي فعليها ثلثه
دراهم وذلك لانه لم يرض بخروج البضع من ملكه الا بعوض هو دراهم وذلك اسم للثلثه وما فوقها

قوتها والثلث مستحقه حارمها ولا يلزم ما زاد بالشك قال واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحده
فعليها ثلث الالف وذلك لان الباء فيها معنى العوض وليس فيها معنى الشرط فانقسمت الالف على التطليقات
الثلث واعتبرت كل تطليقه على حالتها بما جعل لها من العوض قال وان قالت طلقني ثلثا على الف
فطلقها واحده فلا شي عليها عند ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد عليها ثلث الالف وبه قال الشافعي
وجه قول ابي حنيفه ان على فيها معنى الشرط ولها غرض صحيح في ايقاع الثلث حتى تبين منه اعظم
البينونتين والطلاق متعلق بالشرط فصار ايقاع الثلث شرطا في استحقاق العوض ولم يوجد الشرط فلا
يستحق شيا وجه قولهما انها جعلت الالف في مقابلة التطليقات فانقسمت عليها كقولها طلقني ثلثا
بالف وقد بينا الفرق بينهما قال ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحده
لم يقع عليها شي وذلك لانه لم يرض بوقوع البينونه الا بكل الالف فلم يجز وقوعها ببعض الالف وليس
كذلك اذا قالت المراة له طلقني ثلثا بالف فطلقها واحده لانه قد اتى بما طلبت من البينونه وزادها من نقصان
البدل فجاز قال والمبارأة كالخلع وهذا صحيح لان المبارأة مفاعله من البراءة والخلع ماخوذ من الاختلاع
الشي من الشي ومعناهما واحد قال والخلع والمبارأة الي اخره يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين
على الاخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد في المبارأة مثل ذلك وفي الخلع لا يسقط
الا ما سمياه وبه قال الشافعي رحمه الله وجه قول ابي حنيفه ان المبارأة والخلع معناهما واحد على ما بيناه
اسقاط المنازعه في حقوق النكاح بدلاله انهما لو اتفقا عليها لم يحتاجا الي الخلع وانما دخلا فيه للشقاق
فاقتضى لفظهما وقصدهما اسقاط تلك الحقوق فوجب ان يسقط اذا كانا ملكا اسقاطها وصار
كالمتخاصمين اذا ادعى كل واحد منهما على الاخر حقوقا ثم اصطلحا على مال وتباريا فانه يسقط كل حق
ادعاه احدهما على الاخر لما كان هو الغرض بالصلح كذلك هذا وجه قول ابي يوسف ان المبارأة
صريح في البراءة فتسقط جميع الحقوق والخلع ليس في لفظه ما يقتضي البراءة فتسقط به ما سمياه دون
غيره وجه قول محمد ان ما لم يسمياه يجب ان لا يسقط كالديون وكالنفقه قيل له اما الديون التي
لا تتعلق بعقد النكاح فلم تقع المنازعه فيها فلم تسقط بالعقد وفي مسئلتنا وقعت في حقوق هذا العقد
وهما يقصدان بالخلع ازالة الخلف بينهما وذلك يكون باسقاط حقوقه واما النفقه فانها حق لم
يجب والبراءة انما تؤثر فيما وجب من الحقوق دون ما لم يجب

كتاب الظهار

حقيقه الظهار في الشرع ان يشبه زوجته او عضوًا منها يُعبّر به عن جميعها او جزءًا شايعًا منها بما لا يحل
له النظر اليه من امراة تحرم عليه نكاحها علي التابيد واهل اللغه لا يعرفون هذه الشرايط فالاسم
شرعي فيه معني اللغة وقد كان الظهار طلاقًا في الجاهليه فنقله الشرع الي تحريم يرتفع بالكفارة
والاصل في ثبوت حكم الظهار ما روي عن خوله بنت ثعلبه انها قالت كنت تحت اوس بن الصامت وكان
شيخًا كبيرًا قد ساء خلقه فراجعته في بعض ما امرني به فقال لي انت علي كظهر امي ثم خرج
الي مجلس في نادي قومه ثم عاد فاراد ني عن نفسي فقلت والذي نفس خوله بيده لا تصل الي وقد
قلت ما قلت حتي يقضي الله ورسوله بيننا فوقع علي فدفعته عني بما تدفع به المراة الشيخ الكبير ثم خرجت
الي جيرتي فاخذت منهم ثيابًا فلبستها واتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلست بين يديه وذكرت له ما
صنع فقال لي زوجك وابن عمك وهو شيخ كبير فراجعته وجعلت اشكو الي الله ما القاه من سوء خلق
اوس فتغشا رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحي كما كان يتغشاه فلما سري عنه قال لي يا خويله قد انزل الله
فيك وفي اوس قرانا وتلا اول السورة قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الي اخر القصة ثم قال لي
مريه فليعتق رقبة فقلت يا رسول الله ما عنده ذاك قال فليصم شهرين متتابعين قلت انه شيخ كبير ما به
من صوم قال مريه فليطعم ستين مسكينا وسقًا من تمر قلت والله ما يجد ذلك فقال انا سنعينه بعذق
فقلت يا رسول الله وانا اعينه بعذق فقال افعلي واستوصي به خيرًا ففعلت ما امرني به رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال واذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطيها ولا لمسها ولا تقبيلها حتي
يكفر عن ظهاره وذلك لان الظهار يتعلق به تحريم ما يرتفع الا بالكفارة فالم يوجد سبب الاباحة لا
يزول التحريم بوجه لا يملك اليمين ولا بغيره وهذا كالتحريم المتعلق بالطلاق الثلاث الذي لا يرتفع الا بوطي
الزوج ولا يزول بملك اليمين ولا بغيره كذلك هذا التحريم لا يزول الا بالكفاره ۞ وقد قال اصحابنا لو
ظاهر من امراته وهي امة ثم اشتراها لم يحل له وطيها بملك اليمين وكذلك لو ظاهر من امراته الحرة ثم
طلقها وتزوجت بزوج وعادت اليه لم يحل له وطيها حتي يكفر لما ذكرناه واما قوله لا يمسها ولا يقبلها
فلقوله تعالي من قبل ان يتماسا ولانه قول اوجب تحريم الوطي فحرم ما دونه من الاستمتاع اصله
الطلاق الثلث قال فان وطيها قبل ان يكفر استغفر الله تعالي ولا شي عليه غير الكفاره الاولي
ولا يعاود حتي يكفر وذلك لما روي ابن عباس ان رجلا ظاهر من امراته فراي خلخالها في القمر

فوقع عليها ثم جا الي النبي عليه السلام فذكر ذلك له فقال استغفر الله ولا تعد حتي تكفر ولم يامره بالكفاره فلو
وجبت عليه لبينها له قال والعود الذي تجب به الكفاره ان يعزم علي وطيها وقال الشافعي تجب الكفاره
بالظهار والعود هو امساكها في النكاح عقيب الظهار فاذا امسكها عقيب الظهار زمانا امكنه طلا
فيه استقرت الكفاره وان قال عقيب الظهار انت طالق سقط عنه الظهار لنا قوله تعالي الذين
يظهرون من نسايهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة فذكر العود بلفظ التراخي وهذا ينفي ان يكون
العود الامساك عن طلاقها عقيب الظهار فان قيل قوله فتحرير رقبة تقديره فتحرير رقبة
وهذا يقتضي الوجوب وعندكم الكفاره لا تجب بنفس الظهار قيل له اللفظ لفظ الخبر فالمكن ان يحمل
علي حقيقه الخبر لا يجوز حمله علي الامر واللام في قوله لما قالوا هي بمنزله الي كقوله اوحي لها وكقوله
قل الله يهدي للحق وقوله لما قالوا مصدر فالقول في المعني هو المقول كقوله صلى الله عليه وسلم العايد في هبته
في موهبه فصار التقدير فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا كفاره ظهارهم ثم يعودون الي ما شبه
نسايهم والتقديم والتاخير كثير في القران والاطلاق العود في اللغة انما يفهم منه رد الشي ثم
عوده والظهار لم يزل النكاح فلا يكون امساكها عودًا وقد ازال الاباحة فاذا عادت الاباحة فهو
حقيقة العود فحمل اللفظ عليه ولان الطلاق لو اسقط حكم الظهار عقيب الظهار اسقط في الثاني
كالكفاره فان قيل ان النبي عليه السلام اوجب الكفارة علي اوس بن الصامت ولم يساله عن العزم فلو كان
وجوب الكفارة يتعلق به لساله عن عزمه قيل له امراة اوس سالت النبي عليه السلام عن ظهاره بعد ان
رام وطيها فمانعته وهذا هو العزم والظاهر بقاوه عليه فلذلك لم يساله عنه واذا ثبت
ان العود هو العزم قال اصحابنا اذا عزم علي وطيها وجبت الكفاره فان بدا له في الوطي سقطت
عنه فكانها عندهم لا تجب وجوبًا مستقرًا وذلك لان الكفارات وضعت للتطهير فجاز ان يكون
فيها ما تجب وجوبًا غير مستقر اصله الحدود وعند الشافعي تستقر الكفارة بالعود ولا يسقط
قال واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر وذلك لان هذه الاعضاء
لا يحل له النظر اليها من امه فصار بمنزله تشبيهها ببطن امه قال وكذلك ان شبهها بمن لا يحل
له النظر اليها علي التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعه لان هولاء لا يحل
النظر اليهن علي التابيد كالام وعلي هذا ايضًا اذا شبهها بام امراته او بامراة ابنه لما ذكرنا ولو

شبهها بامرأة زنا بها ابوه او ابنه فهو كذلك وان شبهها بامرأة قد فرق الحاكم بينهما باللعان قال ابو يوسف لا يكون مظاهرا لانها وان حرمت عندي على التابيد فلو حكم الحاكم بجواز نكاحها جاز وابطل معنى التابيد قال ابو يوسف ولو حكم حاكم بجواز نكاح المرأة التي قد زنا بها ابوه ابطلته اذا رفع الي فبقي التحريم على التابيد ولو شبه امرأته بامرأة قبلها ابوه لشهوة او نظر الى فرجها لشهوة لم يكن مظاهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يكون مظاهرا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان التحريم بالنظر واللمس ليس منصوص عليه وقد اختلف فيه فساغ فيه الاجتهاد ولم يتابد التحريم ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان التحريم بالنظر منصوص عليه بدليل قوله عليه السلام من كشف خمار امرأة فنظر اليها حرمت عليه امها وابنتها وحكم الحاكم بخلاف النص عليه لا ينفذ وقد قال الشافعي رحمه الله اذا شبهها بالام او الجدة فهو ظهار وان شبهها بالبنت او الاخت ففيه قولان وان شبهها بمن كانت حلالا ثم حرمت كام امرأته لم يكن مظاهرا قولا واحدا وهذا لا يصح لانه شبهها بمن تحرم عليه على التابيد كالام فان قيل ان الله تعالى ذكر التشبيه بالام خاصة قيل له ولكنه قال يكون منكرا من القول وزورا وهذا موجود في التشبيه بالبنت والاخت قال وكذلك ان قال انت علي كظهر امي الى اخره وذلك كما بينا في الطلاق ان هذه الاعضا يعبر بها عن الجملة فذكرها كذكر المرأة بعينها فاما الجزء الشايع فيتعلق به التحريم ثم يسري الى الجملة وقد بينا ذلك في الطلاق ايضا قال وان قال انت علي مثل امي رجع الى نيته الى اخره وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله هو ايلا وقال محمد رحمه الله هو ظهار والطلاق بينهما اذا لم يكن له نية وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان هذا اللفظ يحتمل التشبه في الكرامة وفي التحريم والظهار والطلاق ليس بصريح في واحد منهما فوجب ان يتوقف على نيته كساير الكنايات فاذا لم ينو لم يقع به شي وليس كذلك اذا قال انت علي كظهر امي لانه صريح الظهار فلا يفتقر فيه الى النية كما لا ينوي في صريح الطلاق ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان هذا اللفظ يحتمل البينونة والتحريم والظهار فيثبت التحريم لانه متيقن وهذا الذي ذكره لا يصح لان الاكرام مما يحتمله اللفظ ايضا وما زاد عليه مشكوك فيه فلا يثبت الا بنية ووجه قول محمد رحمه الله ان لفظ التشبيه يختص بالظهار فصار حمله اولى وهذا لا يصح لان الظهار لا يتوقف على التشبيه بدليل انه لو قال انا منك مظاهر كان مظاهرا قال ولا يكون الظهار الا من زوجته فان ظاهر من امته لم يكن مظاهرا وذلك لقوله تعالى الذين يظهرون من نسائهم والطلاق هذا اللفظ لا يتناول الامة ولانه تحريم يختص بالبول

فلا يلحق الامة كالطلاق وقد قالوا يصح ظهاره من المطلقة الرجعية ولا يصح من البائن لان الرجعية زوجه على ما بيناه فيما تقدم واما المبتوته فهي محرمه بالطلاق وتحريم الطلاق اكد من تحريم الظهار فلا معنى لادخال اخف التحريمين على اكدهما قال ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا من جماعتهن وعليه لكل واحدة منهن كفارة وقال الشافعي عليه كفارة واحدة اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة في قوله القديم لنا ان الكفارة تتعلق وجوبها بالعود وعوده في كل واحدة منهن غير عوده في الاخرى فاذا اختلف المعنى الموجب للكفارة وجب بكل واحد الكفارة كما لو ظاهر على الانفراد فان قيل كلمة يجب لحا النتها الكفارة فوجب ان تجزي كفارة واحدة اصله اذا قال والله لا اطاكن قيل له الكفارة في اليمين تجب لحرمة الاسم والاسم واحد فلا تجب بالمخالفة فيه الا كفارة واحدة وفي مسئلتنا الكفارة تجب بالعود والعود يختلف فيهن وقد قال اصحابنا اذا قال لها انت علي كظهر امي ولم يكن له نية فهو ظهار وفيما بينه وبين الله تعالى ان قال اردت به الطلاق او اردت به التحريم لم يكن الا ظهارا وذلك لان هذا صريح في الظهار الا ترى ان الصريح ما استعمله اهل اللغة في شي دون غيره وهذا موجود في الظهار فلا يجوز ان يصرف بالنية عما وضع له كما لا ينصرف عن صريح الطلاق ولا تعتبر فيه ايضا النية كما لا تعتبر في صريح الطلاق وقالوا ايضا لا ينبغي للمرأة ان تتركه ليقربها لانها محرمة عليه ولها المطالبة عند الحاكم بالوطي وعلى الحاكم ان يجبره حتى يكفر ويطا وذلك لانه مضر بها في ذلك فكان للحاكم الزامه وطيها حقها ورفع الضرر عنها قال وكفارة الظهار عتق رقبة وذلك لقوله تعالى فتحرير رقبة الايه ولم يشترط في الاطعام المسيس ولكنه عندنا مشروط لانه لا يامن ان يقدر على العتق او الصوم في خلال الاطعام فينتقل اليه فيكون قد جامع قبله وذلك لا يصح وهذه الكفارة على الترتيب لان الله تعالى ذكرها بلفظ الترتيب قال ويجزي في عتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير اما جواز الصغير والانثى فلانه يتناوله اسم الرقبة ولا نقص فيه فصار كالذكر الكبير اما جواز الرقبة الكافرة خلاف ما قاله الشافعي رحمه الله فلقوله تعالى فتحرير رقبة وهو عام ولانها رقبة كاملة الرق والاعضاء لم يسلم لعتقها بدل فجاز عتقها في الكفارة كالمسلمة فان قيل انه تكفير بعتق فلا يجوز فيه الرقبة الكافرة اصله كفارة القتل قيل له كفارة القتل وجبت بهتك حرمة النفس وهذه الكفارة

وحنث بعد ملكه وحكم هتك حرمة النفس اعظم فاذا تعاضدت الكفارة لتغلظ احدى الحرمتين لا يحل
تغلظ الاخرى قال ولا يجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين وذلك لان منفعة الجنس قد
فقدت فمنع ذلك من العتق كالميت قال ويجوز الاصم والمقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من
خلاف اما المقطوع من خلاف فالمشي والبطش فيه باقيه فصار كالاعور وقد قال الشافعي رحمه الله لا يجوز
وان كانت الانملة من ابهامه مقطوعة لانه نقص يضر بالعمل ضررًا بينًا فصار كالمقطوع اليدين وهذا
لا يجوز لان المقطوع اليدين قد عدمت منه منفعة الجنس فصار كمقطوع في مسئلتنا لم تعدم فهو كمقطوع
انملة من السبابة واما الاصم فكان القياس ان لا يجوز لان منفعة الجنس قد عدمت والاستحسان
ان يجوز لان الاصم يسمع اذا صاح الانسان فمنفعة الجنس باقية وانما هي ناقصة وذلك لا يمنع واما
الذي لا يسمع فهو الاخرس وذلك لا يجوز عتقه عن الكفارة قال ولا يجوز المقطوع ابهامي اليدين
وذلك لان قطع الابهام يذهب قوة اليد ويمنع العمل بها فصار كقطعها فاما المقطوع الاذنين
فيجوز لان الاذن الشاخصة انما تراد للزينة وعدمها لا يبطل منفعة الجنس فلم يمنع العتق قال
ولا المجنون الذي لا يعقل لان منفعة الجنس معدومة فيه فهو كالميت قال ولا يجزي عتق المدبر
وام الولد والمكاتب الذي ادى بعض المال اما ام الولد فرقها ناقص بدليل انه مستحق بغير الكفارة
والواجب عليه ايقاع العتق في رق كامل ولم يوجد ذلك واما المدبر فلان رقه ايضًا ناقص ولان
عتقه يتعلق بموت المولى على الاطلاق فصار كام الولد واما المكاتب الذي ادى بعض المال
فلا يجوز لان المولى قد سلم له العوض عن رقه فانهم في عتقه وصار كالعتق على مال فلم يخرج عن
الكفارة وكذلك لا يجوز ان يعتق عن كفارته عبدًا على مال لان عتق الكفارة مستحق على وجه
القربة والعوض يبطل معنى القربة الدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم بشر امتي بالسنا والتمكين
ما لم يعملوا عملًا للاخرة يبتغوا به الاجر قال فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيا جاز وقال زفر
لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله لنا انها رقبة كاملة الرق والاعضا فجاز عتقها عن الكفارة اذا
لم يسلم له عوض عن شي منها اصله العبد القن والدليل على كمال رق المكاتب انه اذا عجز جاز
بيعه ولو اوصى الكتابة نقصًا لم يرتفع ذلك النقص ابدًا كالاستيلاد وجه قول زفر
انه عتق مستحق بغير سبب الكفارة فلا يجوز صرفه الى الكفارة اصله عتق ام الولد

وهذا ايضا باطل به اذا علق عتق عبد بشرط ثم اعتقه عن كفارته قبل وجود الشرط والمعنى في ام الولد ان
رقها ناقص بدليل انها لا تعود الى حال المملوك التي كانت وهي في ملك المولى وفي مسئلتنا خلافه قال
فان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشرى الكفارة جاز عنها وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا
يجوز وبه قال زفر والشافعي رحمه الله وجه الاستحسان انه ذو رحم محرم فجاز عتقه عن كفارته اصله الاخ
ولان السبب الموجب للحرية من جهته وجد مقارنًا لنية الكفارة فصار كقوله لعبده انت حر وجه
القياس انه عتق مستحق بسبب سابق لسبب الكفارة فلا يجوز صرفه الى الكفارة كعتق ام الولد والجواب ان
عتق ام الولد لا يجزي عن كفارة غيره فلا يجزي عن كفارته وفي مسئلتنا خلافه قال وان اعتق نصف
عبد مشترك عن كفارته وضمن قيمة باقيه فاعتقه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجزيه
ان كان المعتق موسرًا وقال الشافعي رحمه الله اذا اعتق نصيبه ونوى عند الايقاع ان يكون العتق الموقع
وما يسري اليه عن كفارته اجزاه وهذه المسئلة مبنية على جواز تبعيض الحرية فعند ابي حنيفة رحمه الله انها
تتبعض فلما اعتق نصيبه عتق ونقص نصيب شريكه لاستحقاق الحرية ولتعذر التصرف فيه بالتمليك
وذلك النقص لم يصرف الى الكفارة لانه ليس في ملكه واذا كان كذلك لم يجز عتقه عن الكفارة مع
نقصانه واما على اصلهما فان العتق لا يتبعض فعتق البعض عتق الجميع فيجوز عن الكفارة اذا كان
المعتق موسرًا فاما اذا كان المعتق معسرًا فقد لزم العبد السعاية فصار بمنزلة العتق على عوض فلا يجزي
عن الكفارة واما الشافعي فعنده ان العتق لا يتبعض حال اليسار فعتقه للبعض عتق الجميع فيجزي
وفي حال الاعسار يعتق نصيب المعتق ولا يعتق الباقي لانه لا يستحق الحرية عنده ويجوز تصرفه
فيه بالبيع فاذا ملكه فاعتقه جاز قال وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز
وهذا الذي ذكره استحسان وكان القياس ان لا يجزيه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لما عتق النصف صار النصف الباقي
ناقصًا بعتقه ولا يجزيه كالعبد المشترك الا انه استحسن في ذلك وقال يجوز لان ذلك النقص الذي
حصل بعتق النصف الاول نقص من ملكه حصل بعتقه فيصرف الى الكفارة فصار كانه اعتق نصفه وحرا
ثم اعتق الباقي قال وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم
يجز وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة رحمه الله لان من اصله ان العتق يتبعض وقد امر الله تعالى بتقديم العتق
على المسيس فاذا وجد المسيس في خلال العتق فلم يعتق على الوجه المامور فلا يجزيه فاما على اصل ابي يوسف

ولو ضمن قيمة باقيه لم يجزه عند ابي حنيفة وهذا اذا كان المعتق موسرا فان كان معسرا لا يجوز عندهما ايضا لوجوب السعاية على العبد فيكون اعتاقا بعوض

ومحمد رحمه الله فالعتق لا يتبعض فيعتق البعض عتق الجميع فيجزي ذلك عن الكفارة قال وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق وذلك لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والصوم الواقع في شهر رمضان لا يقع عن غير رمضان عندنا فلا يعتد به في باب الكفارة لاستحالة أن يقع الصوم الواحد عن صومين واجبين وأما يوم الأضحى والفطر وأيام التشريق فالصوم فيها ناقص لأنه منهي عنه والواجب عليه صوم كامل فلا يجزي عنه الناقص قال فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يبطل صومه وبه قال الشافعي رحمه الله وجه قولهما قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا وهذا يقتضي صوم شهرين لا مسيس فيهما قبلهما ولا قبل بعضهما فإذا جامع في خلالهما فلم يوجد الصوم المأمور به فلا يجزيه ولأنها صفة منصوص عليها في صوم الكفارة فإذا تركها ناسيا بطل صوم الكفارة أصله التتابع وجه قول أبي يوسف رحمه الله أنه وطي لا يفسد الصوم فلا يقطع التتابع أصله وطي غيرها الجواب أن وطي غيرها منع منه منعا يختص الصوم ولا يبطل التتابع وأما وطيها فقد منع منه منعا يختص الصوم والتتابع فأبطل التتابع قال وإن أفطر في يوم منها بعذر أو بغير عذر استأنف وذلك لأن الله تعالى أوجبها بشرط التتابع فإذا عدم الشرط لم يجزه وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه لا يستأنف لأنه فرق صوم الشهرين بما لا ينسب فيه إلى التفريط فلم يمنع البناء كالفطر بالحيض وهذا لا يصح لأن الحيض في صوم الشهرين لا تخلو منه في العادة فهو كزمان الليل والمرض يجوز أن يخلو الصوم منه في العادة فهو كيوم النحر وكالوثني النية من الليل قال وإذا ظاهر العبد لم يجز في الكفارة إلا الصوم وذلك لأن العبد عندنا لا يملك وإن ملك والعتق والصدقة لا تجوز إلا بعد الملك ولم يوجد فصار من هذا الوجه بمنزلة الفقير فيكون كفارته الصيام قال فإن أعتق المولى عنه أو أطعم لم يجزه وذلك لما بينا أن من شرط التكفير بالعتق والإطعام الملك والعبد لا يملك وإن ملك فما يفعله المولى يقع عن نفسه فلا يجزي في الكفارة ولا يشبه هذا الحر الفقير إذا أمر غيره أن يكفر عنه بالإطعام أو العتق أنه يجوز أمره له بمنزلة قوله أقرضني ما يطعم عني في الكفارة أو ملكني وهو ممن يملكه فيقوم الفقير مقامه في القبض فيصير قابضا للمكفر ثم قابضا لنفسه فأما العبد فلا يصح أن يملك وإن ملك فلذلك لم يجز قال وإذا لم يستطع المظاهر

الصيام أطعم ستين مسكينا كل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير أو قيمة ذلك وقال الشافعي رحمه الله من كل نوع مد لنا ما رواه الشيخ أبو الحسن في جامعه في قصة خولة أن النبي عليه السلام قال فليطعم وسقا من تمر ستين مسكينا وروي من طريق آخر أن النبي عليه السلام قال فليطعم ستين مسكينا قالت يا رسول الله ما عنده قال فإنا نعينه بعرق من تمر قالت والعرق ستون صاعا ولأن ما لا يتقدر به الفطرة لا يتقدر به طعام المسكين في الكفارة أصله ما دون المد فإن قيل إن طعام يجوز إخراجه في الكفارة فلا يتقدر بالصاع أصله الحنطة قيل له المقصود بالطعام هو الكفاية ومعلوم أن ذلك لا يتبع الحنطة والشعير على وجه واحد فلم يجز التسوية بينهما وأما قوله أو قيمة ذلك فعندنا يجوز إخراج القيمة في الكفارة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهذه المسألة فرع على جواز إخراج القيمة في الزكاة لأن المقصود بكل واحد منهما سد خلة الفقير ودفع حاجته وهذا موجود في القيمة فإن قيل إنه أحد ما يقع به التكفير فلا يجزي عنه القيمة كالعتق قيل له العتق ليس بمال فلا يمكن تقويمه والكسوة والإطعام كل واحد منهما مال لم يجب بعقد معاوضة فجازت القيمة فيه قال فإن غداهم وعشاهم جاز قليلا أكلوا أو كثيرا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز في الكفارة إلا التمليك لنا قوله تعالى فإطعام ستين مسكينا وحقيقة الإطعام يفيد التمكين ولأن المقصود سد خلة الفقير وهذا موجود في التمكين وهو أولى أيضا لأنه يتفق معه حصول الكفاية ولا يتفق مع الدفع فإن قيل صدقة وجبت بالشرع فلا يجوز فيها التمكين أصله الزكاة قيل له قد روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه يجزي التمكين فيها فلا نسلم على قوله الأول وإن سلمنا فالفرق بينهما أن الله تعالى أوجب الزكاة بلفظ الإيتاء فقال وآتوا الزكاة وبلفظ الصدقة وذلك يفيد التمليك وأوجب الكفارة بلفظ الإطعام وذلك يفيد التمكين فلذلك اختلفا قال وإن أعطى مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يستوفي عدد المساكين لنا أنه حق يخرج من المال فجاز دفعه إلى اثنين جاز تكرار دفعه إلى واحد كالزكاة ولأن مسكين لم يستوف قوت يوم من كفارة فجاز الصرف منها إليه كسائر المساكين فإن قيل إنه مسكين استوفى قوت يوم من كفارة فإذا أعطي منها لم يجز أصله إذا أعطاه ثانيا في اليوم الأول قيل له هذا لا يصح لأنه في اليوم الثاني لم يستوف منها فجاز الدفع إليه كما يجوز إلى غيره قال وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف وذلك لأن الوطي

لم يمنع منه لمعنى يختص بالاطعام الا ترى ان الله تعالى لم يشرط في الاطعام ترك التماس وانما
منع من الوطي لجواز ان يقدر على الصوم او العتق والنهي اذا لم يكن لمعنى في نفس المنهي عنه لم
يقتضي الفساد قال ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي لاحدهما بعينها جاز عنهما
وان صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز وهذا الذي ذكره استحسان وامّا
اذا كانتا من جنسين فانه لا يجوز الا بنية معينة وقال الشافعي رحمه الله اذا نوى الكفارة فيهما جاز في
عندنا وهذا لا يصح لانها عبادتان اختلف جنسهما فاذا وجبت النية لهما وجب التعيين اصله الصوم
والصلاة فان قيل كفارة واجبة فلا يفتقر جوازها الى تعيين اصله الصوم شبهها اصله اذا كان عليه
كفارات من جنس واحد قيل له حكم الجنس الواحد في نية التعيين يخالف الجنسين بدلالة ان قضى
ايام من رمضان لا يحتاج فيه نية التعيين وقضاء رمضان وصوم النذر يفتقر الى نية التعيين لاختلاف
جنسهما قال وان اعتق رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء يعني
اذا نوى بذلك جنس الكفارة وذلك لانهما من جنس واحد وما كان جنسا واحدا فانه لا يحتاج الى
نية التكفير فاذا وجد ذلك صح وله ان يصرفه الى ايهما شاء التسوية بينهما ۝ وقد قال اصحابنا انه
يجوز صرف الكفارة الى فقراء اهل الذمة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لنا انها صدقة لا تجب بسبب من
جهته فجاز صرفها الى اهل الذمة كصدقة النفل فان قيل انه مال يجب دفعه الى الفقير بالشرع فلا
يجوز صرفه الى اهل الذمة اصله الزكاة قيل له الزكاة اخذها الى الامام وهو قايم مقام المسلمين
بدلالة انها حق لهم فلا يجوز صرفها الى غيرهم وليس كذلك الكفارة لانها لا حق للامام فيها فهي
كصدقة النفل ۝

كتاب اللعان

الاصل في ثبوت اللعان ما روي عن ابن مسعود رحمه الله انه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة
فجاء رجل من الانصار فقال يا رسول الله ارايتم الرجل يجد مع امراته رجلا فان قتل قتلتموه وان
تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم جعل يقول اللهم افتح فنزلت آية اللعان وقد كان موجب
قذف الزوج في اول الاسلام الحد وقد دل على ذلك قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم
ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وهو عام في الاجنبيات والزوجات ولما روي في قصة ابن
ان الرجل قال ان تكلم جلدتموه وقال صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية ائتني باربعة يشهدون والا

حد في ظهرك وقال اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قذف هلال زوجته الان يجلد هلال بن امية وتبطل
شهادته في المسلمين ثم نسخ ذلك في المسلمين الزوجات باية اللعان فصار موجب قذف الزوج اللعان
وقال الشافعي رحمه الله موجب قذفه الحد ولكن جعل له ان يسقطه عن نفسه باللعان دليلنا قوله تعالى والذين
يرمون ازواجهم الاية فذكر قذف الزوج وحكمه وهو اللعان فالظاهر انه جميع الحكم المتعلق به ولان قول
الانسان اذا اوجب عليه لادمي فانه لا يملك اسقاط ذلك الحق عن نفسه بقوله اصله الاقرار
وقذف الاجنبي فان قيل قذف مسلمة عفيفة يتعلق بقذفها فوجب ان يلزمه الحد اصله اذا قذف
اجنبية قيل له قذف الاجنبية لما وجب الحد لم يملك اسقاطه عن نفسه بقوله فلو كان قذف الزوجة
يجب به الحد لم يسقط بلعانه قال رحمه الله اذا قذف الرجل امراته بالزنا الى اخره وهذه الجملة تشتمل
على مسائل منها ان قذف الزوج لا يوجب اللعان حتى يكون الزوجان من اهل الشهادة وتكون المراة
ممن يحد قاذفها وقال الشافعي رحمه الله كل زوج صح طلاقه صح لعانه لنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا اربعة
لا لعان بينهم وبين ازواجهن اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك فلانه
ليس من اهل الشهادة فلا يثبت اللعان بينه وبين زوجته كالصبي والمجنون ولان الامة لو قذفها اجنبي لم
يجب عليه الحد فاذا قذفها الزوج لم يلاعن كالصغيرة فان قيل قال الله تعالى والذين يرمون ازواجهم
ولم يفصل قيل له لما استثنى الزوج من الشهداء دل على انه منهم لان الاستثناء من جنس المستثنى منه والكافر
والعبد ليسا من اهل الشهادة فلا استثناء لهما في الاية ومنها انه يعتبر عندنا ان تكون المراة ممن يحد قاذفها
وذلك لان موجب قذف الزوج اللعان كما ان موجب قذف الاجنبي الحد فاذا كانت المراة على صفة لا يثبت
معها موجب احد القذفين كذلك موجب الاخر ومنها ان اللعان يثبت بنفي الولد وذلك لانه اذا
نفاه عن نفسه صار قاذفا وقذف الزوج يجب به اللعان فان قيل نفيه عن نفسه لا يسمى القذف لجواز
ان يكون من غيره ولا تكون زانية مثل ان يكون قد وطئت بشبهة قيل له هذا لا يصح لان هذا الاحتمال
موجود فيمن قال لرجل لست لابيك ومع ذلك هو قاذف بالاجماع فبطل هذا ومنها ان وجوب
اللعان على الزوج موقوف على مطالبة المراة به لانه حق لها فوقف استيفاؤه على مطالبتها كسائر الحقوق
قال فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد وقال الشافعي رحمه الله اذا امتنع حد
حد القذف وهذا فرع على اختلافهم في موجب قذف الزوج فعندنا ان اللعان فاذا امتنع منه فقد

منع حقا عليه يقدر على ايفائه فيحبس حتى يوفيه كالديون وذلك الحق هو اللعان او اعترافه بصدقه فيها
وذلك يكون باكذابه وعند الشافعي موجب قذف الزوج الحد وانما جعل له ان يسقطه باللعان فاذا امتنع
من اللعان استوفي منه الحد قال وان لاعن وجب عليها اللعان وهذا الذي ذكره يقتضي ان يبتدى
الزوج باللعان لانه في حكم الشاهد عليها بقذفه وهي مسقطة بشهادتها ما حققه عليها بقذفه
من الزنا فلا يصح ان تبتدى المراة كما لا يصح ان يبتدى المدعا عليه بما يسقط الدعوى عن نفسه
قال فان امتنعت منه حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه وقال الشافعي اذا امتنعت حدت
حد الزنا وهذا مبني على ان لعان الزوج يوجب عليها اللعان عندنا فاذا امتنعت من حق لزمها تقدر
على ايفائه حبست وعند الشافعي لعان الزوج يحقق عليها الزنا فيجب الحد ثم يسقط بلعانها فاذا
لم تلاعن حدت وهذا ليس بصحيح لان اللعان قول القاذف فلا يحقق الزنا على المقذوف وان لم يلاعن
كقذف الاجنبي ولان الزوج لو شهد عليها بالزنا مع ثلثة بعد قذفها لم يحقق عليها الزنا فاذا شهد وحده
اولى فان قيل اللعان حجة يسقط بها موجب القذف على القاذف فيحقق بها الزنا على المقذوف
اصله البينة قيل له البينة لما وجب بها الحد لم يملك اسقاطه بقولها فلو وجب بلعانه عليها الحد لم
يسقط بلعانها فاما اذا صدقته فقد اقرت بالزنا فخرج الزوج من ان يكون قاذفا وسقط عنها
اللعان قال واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد وذلك
لان قذفها قذف صحيح وانما يسقط اللعان يعني من جهة الزوج وهو كونه على صفة لا يصح منه
اللعان فاذا سقط اللعان يعني من جهة الزوج وجب عليه الحد كما لو اكذب نفسه قال وان كان
من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها فلا حد عليه في قذفه
ولا لعان وذلك لان الامة والكافرة قذفها ليس بقذف صحيح بدليل ان الاجنبي لو قذفها لم يحد وان
كان القذف غير صحيح لم يتعلق به حد ولا لعان وكذلك اذا كانت الزوجة ممن لا يحد قاذفها مثل
ان تكون صغيرة او مجنونة او زانية فلا لعان لان اللعان في حق الزوجات جعل بدل الحد في حق
الاجنبيات واذا كان القذف لا يتعلق به الحد في حق الاجنبية لم يتعلق به اللعان في حق الزوجة
واما اذا كانت الزوجة حرة بالغة عاقلة عفيفة غير انها محدودة في قذف فقذف الزوج لها
قذف صحيح الا ان اللعان يسقط يعني من جهتها وهو كونها من غير اهل الشهادة ومتى سقط

قوله او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او زانية او مجنونة او موطوءة بشبهة

اللعان يعني من جهة المراة لم يجب على الزوج الحد اصله اذا صدقته وقد قال اصحابنا اذا كان
كل واحد من الزوجين محدودا في قذف فقذفها الزوج فعليه الحد لان اللعان سقط بمعنى من جهة
الزوج فصار كالمكذب نفسه فان قيل انما يسقط اللعان بمعنى في المراة بدليل ان الزوج لو كان غير
محدود سقط اللعان ايضا فكان يجب ان لا حد قيل له صفات المراة انما تؤثر في اسقاطها اللعان اذا
كان الزوج من اهل اللعان فاذا لم يكن كذلك فالمانع من اللعان ما حصل فيه دون ما حصل في
الزوجة ٥ وقد قالوا في المراة اذا وطئت بشبهة فقذفها زوجها فلا لعان عليه ولا حد على
قاذفها ثم رجع ابو يوسف فقال يجب بقذفها الحد واللعان ووجه قولهما انها تشبه الزانية لانها وطئت
في غير ملك فصار ذلك شبهة في سقوط الحد عن قاذفها واذا سقط الحد عن قاذفها سقط اللعان
ووجه قول ابي يوسف انه وطي يتعلق به ثبوت النسب والمهر فلا يمنع من صحة القذف كالوطي بالنكاح قال
وصفة اللعان الى اخره والاصل في ذلك قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الاية في هذا الخبر على ان
يبدأ الزوج من الشهادة فلا بد ان يذكر عند الاداء لفظ الشهادة على الوجه المشروط وياتي بذكر ما
يشهد عليه فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا واما قوله يشير اليها في جميع ذلك
فهكذا ذكر ابو الحسن رحمه وروى الحسن بن زياد رحمه عن ابي حنيفة رحمه انه يحتاج الى ان ياتي بلفظ المواجهة
فيقول فيما رميتك به وهو قول زفر رحمه ووجه ما ذكره ابو الحسن رحمه انه اذا قال فيما رميتها به واشار اليها
فالاشارة اكد من التعريف من اللفظ فلا فرق بين ان ياتي مع ذلك بلفظ كناية او مواجهة ووجه
رواية الحسن رحمه ان خطاب المواجهة لا احتمال فيه وفي الكناية احتمال فما لا احتمال فيه اولى وقد قال
اصحابنا رحمهم ان اللعان شهادات اقيمت مقام الحد واكدت باليمين وقال الشافعي رحمه اللعان يمين لنا قوله
تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله
فسماه ذلك شهادة واستثنا الزوج من جملة الشهداء فهذا يدل على انه شهادة فان قيل لما قال
اربع شهادات بالله دل على انه يمين لان الشهادة لا تتعلق على ذكر الله واليمين قد تكون بلفظ الشهادة
قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله قيل له الشهادة في بدو الاسلام كانت موكدة باليمين قال
الله تعالى فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما فاذا اكد اللعان باسم الله تعالى فقد بقي
على ما كانت عليه الشهادة وذلك لا يخرجه من ان يكون شهادة فان قيل لو كان شهادة لم

يلحق من الاعمى والفاسق فان الاعمى من اهل الشهاده وتقبل شهادته عندنا في النسب والنكاح
وانما لا تقبل فيما لا يميز فيه المشهود عليه وهذا المعنى لا يحتاج اليه في اللعان واما الفاسق
فهو من اهل الشهادة بدليل انه لو شهد فردت شهادته ثم تاب فاعادها لم تقبل ولو لم يكن
ما شهد به اولا شهادة قبل في الثاني كالكافر اذا شهد ثم اسلم فاعادها ولو شهد الفساق بالزنا
لم يجب الحد عليهم ولو لم يكن من لهم شهادة حدوا كالعبيد قال فاذا التعنا فرق الحاكم بينهما
وقال زفر تقع الفرقة بلعانهما وقال الشافعي رحمه الله تقع بالفراغ من لعان الزوج لنا ما روي في حديث
سهل بن سعد رضي الله عنه قال لاعن النبي عليه السلام بين عويمر العجلاني وامراته فلما التعنا قال كذبت عليها
ان امسكتها هي طالق ثلثا قال سهل ففارقها قبل ان يامره النبي عليه السلام بفراقها وذكر هذا الخبر ابو
داود وقال فيه فطلقها ثلث تطليقات عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين يفرق بينهما ولا يجتمعان ابدا ووجه
الدليل من ذلك انه لو كانت الفرقة وقعت بلعانها او بلعان الزوج لم يقع الطلاق ولا امضاه
عليه رسول الله صلعم ولا انكر عليه وبين له بطلان اعتقاده في ان الطلاق يقع وقوله فمضت السنة
بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما يدل على ان الفرقة تقع بالتفريق لا باللعان ولانها فرقة تختص
بها حضرة الحاكم فوجب ان لا تقع الفرقة بغير تفريقه اصله فرقة العنين فان قيل روي عن النبي عليه السلام
انه قال المتلاعنان لا يجتمعان ابدا قيل له هذا دليل عليك لان النهي عن الاجتماع يقتضي وجود الاجتماع
الا ترى ان النهي لا يصح عما لا يتصور وجوده فان قيل كل معنى منع من اقرارها على النكاح
وقعت به الفرقة دون حكم الحاكم اصله الطلاق والردة والرضاع قيل له المعنى في الاصل ان الفرقة
لما وقعت اذا وجد سببها بغير حضرة دل انها لا تقف على الحاكم وفي مسئلتنا لو وجد اللعان بغير
حضرة الحاكم لم تقع الفرقة فدل انها تقف على الحاكم قال وكانت الفرقة تطليقة بائنة عند
ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله تحريم مؤبد وجه قولهما انها فرقة تتعلق بسبب من جهة
الزوج طارئة على النكاح مختصة به كانت طلاقا كقوله انت طالق ولانها فرقة تقع بحكم قول الزوج
فلا توجب تحريما مؤبدا كالفرقة الواقعة بالخيار وجه قول ابي يوسف رحمه الله وهو قول زفر
والحسن رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا الجواب ان المتلاعن من بقي على

حكم اللعان فلم يتناوله الخبر وقد قال الشافعي رحمه الله ان فرقة اللعان فسخ وليس بطلاق قال لانها
فرقة توجب تحريما مؤبدا النكاح تحريما لا يرتفع باصابة زوج فلم يكن طلاقا كفرقة الرضاع وهذا غير
صحيح لان اصابة الزوج تؤثر في التحريم الذي حصل باستيفاء العدد وهذه الفرقة طلاق باين يقع
بزوال ما اوجب التحريم والتحريم في الطلاق وقع بزوال الملك فحل بالعقد المفيد للملك وفي اللعان
التحريم حصل باللعان وزوال الملك فلا بد من زوال حكمها حتى يزول التحريم قال فان كان القذف
بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وذلك لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام فرق بين هلال
ابن امية وبين امراته بعدما التعنا وقضى بان الولد لها ولا يدعى لاب ولان غرض الزوج بالقذف
اذا كان بولد ان ينفي عن نفسه ولدا ليس منه فلزم القاضي ان ينفيه باللعان قال فان عاد
الزوج فاكذب نفسه حده القاضي وحل له ان يتزوجها وذلك لانه اذا اكذب نفسه فقد اعترف بوجوب
الحد فاذا حده القاضي خرج بذلك من ان يكون من اهل اللعان فلم يبق حكم اللعان المتقدم واذا
زال حكمه زال التحريم المتعلق به فيحل له تزوجها لزوال التحريم ولان الاحكام المختصة باللعان
تحريم الاجتماع ونفي النسب ومعلوم ان نفي النسب لا يتاكد كذلك التحريم وهذا كله على قول
ابي حنيفة ومحمد رحمه الله قال وكذلك ان قذف غيرها فحد او زنت فحدت وذلك لما بينا ان الزوج
خرج من اهل اللعان باقامة الحد عليه واذا حدت المراة خرجت من ان يثبت اللعان في حقها
فيسقط حكم اللعان المتقدم ويزول التحريم المتعلق به قال واذا قذف امراته وهي صغيرة
او مجنونة فلا لعان بينهما لان هذا قذف ليس بصحيح بدليل انه لو قذفها اجنبي لم يحد واذا لم يصح
القذف لم يتعلق به لعان وكذلك الصبي والمجنون اذا قذف زوجته فلا لعان لان كل واحد منهما
ليس له قول صحيح فلا يتعلق بقوله حكم الدليل عليه ساير اقواله قال وقذف الاخرس لا
يتعلق به اللعان وقال الشافعي رحمه الله يصح قذفه ولعانه لنا ان الاشارة قامت مقام الصريح فلا يصح
بها القذف كالكناية ولانه لم يوجد منه لفظ الشهادة فلا يصح لعانه كالصحيح اذا قال اعلم
فان قيل كل زوج صح طلاقه صح لعانه او صح قذفه كالناطق قيل له الطلاق يصح بالصريح وبالكناية
والقذف لا يصح بغير الصريح فلا يعتبر احدهما بالاخر والمعنى في الناطق انه وجد منه صريح القذف
والاخرس لم يوجد منه صريح القذف فهو كالناطق اذا قذف بالكناية قال واذا قال الزوج

لبن حملك مني فلا لعان وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر رحمهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما ان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر فلا لعان وهو قول ابي حنيفة الاول وقال الشافعي رح يلاعن وينفي القاضي الحمل لهما ان الحمل ان يكون حملا ويحتمل ان لا يكون فاذا علق القذف بنفي الحمل صار كانه قال ان كنت حاملا فانت من زنا والقذف لا يصح تعليقه بالشروط وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فقد تيقنا وجوده عند النفي ولهذا لو اوصى لحمل امراة فجاءت به لاقل من ستة اشهر استحق الوصية فاذا تيقنا وجوده وقت نفاه الزوج لاعن به واذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر احتمل ان يكون حملا حادثا ولهذا لا يستحق الوصية ولم يتيقن وجوده فلا يلاعن بالشك فان قيل روي ان هلال بن امية قذف امراته فلاعن النبي عليه السلم بينهما ونفى حملها قيل له لا دلالة فيه لان هلالا قذف امراته بصريح الزنا وروي ذلك ابن مسعود رض وابن عباس رض انه قال ان رايت الرجل يجامع امراته رجلا فان قيل فلم نقله فلم ينقصه وذكرتها انه راى شريكا على بطنها ومتى صرح بالقذف فانه يلاعن فاما ما روي من نفي الحمل فالنبي عليه السلم علم وجوده من طريق الوحي ولهذا قال ان جاءت على صفة كذا فهو لشريك والمانع عندنا من نفي نسب الحمل انه لا يتيقن وجوده فاذا علم ثبت اللعان عليه قال وان قال زنيت وهذا الحمل من الزنا يلاعنا ولم ينف القاضي الحمل اما ثبوت اللعان فلانه قذفها بصريح الزنا وهما من اهل اللعان واما قوله ولم ينف القاضي الحمل فصحيح لان عند اصحابنا رحمهم جميعا لا ينفى نسبه وهو حمل لان هذا حكم عليه والاحكام لا تثبت للحمل ولا عليه قبل الولادة كما لا يحكم له باستحقاق الميراث والوصية قال واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة في الحال التي تقبل التهنية وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن به وثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما ينفيه في مدة النفاس وقال الشافعي رح في احد قوليه على الفور وفي قول آخر الى ثلثة ايام وجه قول ابي حنيفة رح انه اذا نفاه عقيب الولادة انتفى بالاجماع وان لم ينفه حتى تطاولت المدة لم يملك نفيه بعد ذلك فاحتجنا الى حد فاصل بينهما ومعلوم ان الانسان لا يشهد على نفسه بنسب ولد وانما تقبل التهنية ويبتاع آلة الولادة فاذا فعل ذلك او مضى من المدة ما يمكنه ان يفعل ذلك فيه في العادة وهو ممتنع عن نفيه كان الظاهر انه معترف به ولا يملك نفيه بعد ذلك وجه قولهما ان مدة النفاس اجريت مجرى حال الولادة بدليل سقوط الصلاة والصوم فكذلك في باب نفي الولد واما ما قاله

الشافعي رح فلا يصح لان نفي النسب لا يجوز حتى يغلب على الظن ان ليس منه بالامارات التي يستدرك بها وهذا لا يمكن على الفور فان قيل ان خيار لرفع ضرر محقق فاذا لم يكن على التابيد كان على الفور كالرد بالعيب قيل له هذا حجة على اصلكم فاما عندنا فخيار العيب على التابيد واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة رح اذا نفاه بعد ذلك لم ينتف ولاعن اما ثبوت اللعان فلانه اذا نفاه عن نفسه صار قاذفا لزوجته فيلاعن وانما لا يصح نفيه لان مضي مدة التهنية قبل نفيه بمنزلة اقراره به ومن اقر بنسب ولد لم يصح رجوعه عنه ولان ثبوت النسب حق الولد فاذا تعلق بالتزام لم يملك الرجوع عنه قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما وحد الزوج اما ثبوت نسبهما فلانه حمل واحد فلا يثبت نسب بعضه دون بعض كالولد الواحد واما وجوب الحد عليه فلانه اذا نفى الاول فقد قذفها فاذا اعترف بالثاني فقد وصفها بالعفة فصار مكذبا لنفسه فيحد قال وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما ولاعن وقال الشافعي يحد اما ثبوت نسبهما فلما بيناه واما ثبوت اللعان فلانه اذا اقر بالاول فقد وصفها بالعفة فاذا نفى الثاني فقد وصفها بالزنا فكانه قال هي عفيفة ثم قال هي زانية فيلاعن فان قيل قد اكذب نفسه بالاعتراف الاول فصار كالواكذب نفسه بالاعتراف الثاني قيل له التكذيب قبل القذف لا يتعلق به الحد الا ترى ان من قال متى قذفت هذه المراة فانا كاذب في قذفها ثم قذفها انه يلاعن ولا يحد

كتاب العدة

العدة هي التربص الذي يلزم المراة بزوال النكاح او شبهته وهي على ثلثة اضرب الحيض والشهور ووضع الحمل على ما يجي تفصيله قال رحمه الله اذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء والاصل في ذلك قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ولانها عدة موضوعة للاستبراء والحيض يحصل به الاستبراء فيحصل به العدة وهذا دليل في الفرقة الواقعة بالطلاق فاما العدة المتعلقة بالفرقة التي ليست بطلاق فتقع بالحيض ايضا قياسا على عدة الطلاق بانها عدة تتعلق بفرقة طارية على النكاح قال والاقراء الحيض وقال الشافعي الاطهار ويتصور الخلاف اذا طلقها في الطهر قال اصحابنا لم تنقض عدتها

لجزء جاز الحيضة الثالثة وعنده تنقضي بالدخول في الثالثة لنا قوله تعالى والمطلقات يتربصن
بانفسهن ثلثة قروء فذكر جمعا مفسرا بعدد فظاهره يقتضي استغراق العدد كقوله رايت
ثلثة رجال ومعلوم ان الله تعالى امر بايقاع الطلاق في الطهر فلو كانت الاقرا الاطهار اعتدت
بطهرين وبعض الثالث واذا كانت بالحيض اعتدت بثلثة كاملة فكان حمل الاسم على ما تستغرق
فيه العدد اولى ولان اهل اللغة قالوا ان اسم القرء يصلح للحيض وللطهر ذكر ذلك ابن السكيت
في كتاب الاضداد وذكره غيره ايضا وهذا لا يمكن انكاره وقد اجمعنا ان الاقرا المذكوره في
الاية لم يرد بها الامران وانما المراد احدهما والظاهر ان الحيض هو المراد لان النبي عم تكلم
به فقال لفاطمة بنت ابي حبيش اذا اتاك قروك فدعي الصلاه وقال في حديث ام سلمة م المستحاضة
تدع الصلاة ايام اقرائها ولان الحيض يتناوله اسم القرء بكل حال والاطهار لا تسمى قروا الا
اذا تخللت الحيض فلما انتفى الاسم عن الطهر في حال دل انه مجاز وهذا كله يدل على ان حمل القرء
على الحيض اولى وقد روي في حديث عايشة م ان النبي عم قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها
حيضتان ولان انفصال جزء من الحيض معتبر في انقضاء العدة وما اعتبر في انقضاء العدة
اعتبر انفصاله بكماله اصله الحمل فان قيل اذا كان الاسم يتناولهما واجمعنا ان المراد احدهما
كان حمله على الطهر اولى لانه تعقب الطلاق فهي معتده عقيبه وايضا فان الاسم اذا تناول
الامرين حمل على اولهما قيل له انما حمل على اولهما اذا كان الاسم يتناولهما على وجه واحد فاما
اذا كان حقيقة في احدهما ومجازا في الاخر ومطلقا في احدهما ومقيدا في الاخر فالواجب حمله على
الحقيقة وعلى المطلق وان تاخر ولا نسلم انه يتناولهما على وجه واحد على ما بيناه ولان الحيض
قد يتعقب الطلاق المباح وهو اذا طلقها في اخر الطهر فعلى موجب قولهم يجب حمله على الحيض
ههنا قال وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر وذلك لقوله تعالى واللائي
يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللائي لم يحضن قال وان كانت
حاملا فعدتها ان تضع حملها وذلك لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
قال وان كانت امة فعدتها حيضتان وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان
وعدتها حيضتان وعن عمر م انه قال عدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا

قال وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف وهو احد اقوال الشافعي م وقال في قول اخر ثلثة
اشهر وفي قول اخر شهران لنا ما روي عن عمر م انه قال عدة الامة بالشهور نصف عدة الحرة
ولو استطعت لجعلت عدتها حيضة ونصفا ولانها عدة تتبعض فكان للرق تاثير في نقصانها
كالعدة بالحيض ولان الرق اذا اثر في تبعيض العدة وجب ان يكون على النصف كالحد ومدة القسم
فان قيل عدتها حيضتان وكل شهر قايم مقام حيضة قيل له بل عدتها حيضة ونصف لكن لما
لم يتبعض الحيض وجب بعضه وجب باقيه والشهر يتبعض فاما العدة بوضع الحمل فيستوي فيها
الحرة والامة لانه مما لا يتبعض قال واذا مات الرجل عن امراته الحرة فعدتها اربعة اشهر وعشر
وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا
وهذه العدة لا تجب الا في نكاح صحيح ويستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها لان الله تعالى
اوجبها مطلقة ولم يفصل بين الدخول وغيره واوجبها بموت الزوج والطلاق وذلك يقتضي من
كان نكاحه صحيحا فان كانت امة فعدتها شهران وخمسة ايام لان هذه عدة تتبعض فكانت عدة
الامة على النصف من عدة الحرة كالعدة بالشهور قال وان كانت حاملا فعدتها ان تضع
حملها يعني المتوفا عنها زوجها وقال علي م عدتها ابعد الاجلين لنا قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو عام وعن عبد الله بن مسعود م انه قال من شا باهلته ان
سورة النسا القصرى نزلت بعد قوله اربعة اشهر وعشرا ولما روي ان النبي عم امر سبيعة بنت
الحارث وكانت وضعت بعد وفاة زوجها بايام ان تتزوج وعن عمر م انه قال لو وضعت ما في بطنها
وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج ووجه ما ذكره علي م ان وضع الحمل
وضع للعلم ببراءة الرحم ووجوب العدة بالشهور وضع على وجه العبادة بدليل انه يلزم
الصغيرة والاية تجمع بينهما قال واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين
وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد م وقال ابو يوسف عليها ثلث حيض ووجه قولهما ان المطلقة
في حال المرض قد صارت في حكم المتوفى عنها زوجها في باب الميراث فلذلك في باب العدة
وهذا اولى لان الميراث لا يثبت بالشك والعدة تثبت على وجه الاحتياط فاذا صارت
في حكم المتوفى في باب الميراث ففي باب العدة اولى ووجه قول ابي يوسف م ان العدة

لزمتها بالطلاق وانما ورثت بفعل الزوج منهم في الفرار وهذا لا يوثر في العدة فبقيت على حالها قال
وان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحراير وان اعتقت وهي مبتوتة
او متوفا عنها لم ينتقل عدتها وقال الشافعي في كل واحد منهما قولان في احدهما ينتقل وفي الاخر
لا ينتقل فيهما لنا ان المطلقة الرجعية زوجة فاذا لزمتها العدة مع الحرية كانت عدة الحراير
كالو طلقها بعد العتق فان قيل انها مطلقة فلا ينتقل عدتها بالعتق كالمبتوتة قيل له المبتوتة
لا ينتقل عدتها بالوفاة فلم ينتقل بالعتق والرجعية بخلافه واما المبتوتة فلانها اعتقت بعد
البينونة فلم يوثر العتق في عدتها اصله المطلقة الرجعية اذا انقضت عدتها فان قيل انها معتدة
فوجب ان يعتبر عدتها بالحرية كالرجعية قيل له الرجعية زوجة بدليل انه يلزمها عدة الوفاة فجاز
ان يغير العتق عدتها والمبتوتة بخلاف ذلك قال وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت
الدم انتقض ما مضى من عدتها وكان عليها ان تستانف العدة بالحيض وذلك لان الشهور بدل من
الحيض والبدل لا يثبت له حكم مع القدرة على المبدل فاذا رأت الدم انتقل اليه وسقط حكم
الاشهر وهذا الذي ذكره ظاهر على الرواية التي لم يقدر اصحابنا فيها مقدار الاياس فاذا ظنت
انها قد ايست ثم رأت الدم تبين انها لم تكن آيسة فلم تعتد بالشهور واما على الرواية التي قدروا
فيها للاياس مقدار فانها اذا بلغت ذلك المقدار ثم رأت الدم بعده لم يكن حيضا كما تراه الصغيرة
التي لا تحيض مثلها فاما الصغيرة اذا اعتدت ببعض الشهور ثم بلغت انتقلت عدتها الى الحيض
لما بينا قال والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت وذلك
لان هذه العدة تجب على وجه الاستبراء فيستوي فيها الحال جميعا وعدة الوفاة تجب على وجه
الحرمة النكاح وهذا السبب غير موجود في النكاح الفاسد والوطي بشبهة قال واذا مات مولى
ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي قرء واحد ومن اصحابه من قال الطهر
ولنا ما روي عن عمر وغيره انهم قالوا عدة ام الولد ثلث حيض فصار ذلك
عدة ولانه وجب بزوال الفراش فكان عدة كالمزوجة واذا ثبت انها عدة فاما ان يعتبر بعدة الاماء
حيضا او بعدة الحراير وايهما كان لم يتقدر بحيضة فان قيل انها عدة تختلف بالرق والحرية فلم
تجب على ام الولد كعدة الوفاة قيل له المعنى الذي تجب العدة على ام الولد في حياة مولاها

مولاها هو الذي تجب العدة عليها لموته وهو العتق ولذلك استوت العدتان بين ذلك
ان الموطوءة بعقد فاسد لما وجبت عليها العدة حال الحياة وبعد الموت بسبب واحد استوت
العدتان كذلك هذا قال واذا مات الصغير عن امراته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا الذي
ذكره استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي تعتد بالشهور
وجه قولهما قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو عام ولان ما جاز
ان تنقضي به عدة امراة الكبير في الوفاة جاز ان تنقضي به عدة امراة الصغير كالشهور
وجه قول ابي يوسف انه ولد لا يجوز ان يكون منه قطعا فلا تنقضي به العدة اصله الولد
الحادث بعد الوفاة قال فان حدث الحبل بعد الموت فعدتها اربعة اشهر وذلك لان هذا
الحمل لا يعلم وجوده عند الموت وحكم العدة يتعلق بابتدائها فاذا لم يعلم تعلق بالحمل لم
يتعلق به حكم في الثاني ولا يلزم على هذا امراة الكبير اذا ظهر بها حبل بعد الموت لان هذا
الحمل يثبت نسبه فلم يكن بد من ان يحكم بوجوده عند الموت لاجل النسب وفي مسئلتنا
هذا الحمل لا يثبت نسبه فلم يحتج الى الحكم بوجوده عند الموت واذا ثبت انه لا ينقضي
به العدة كانت عدتها بالشهور قال واذا طلق الرجل امراته في حال الحيض لم تعتد بالحيضة
التي وقع فيها الطلاق وذلك لان الحيض لا يتبعض فاذا كان بعض هذه الحيضة لا يعتد به
من العدة فكذلك جميعها قال واذا وطيت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخل
العدتان فيكون ما تراه من الحيض محتسبا منهما جميعا وقال الشافعي لا تتداخل العدتان من
اثنين لنا ان العدة اجل لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن والآجال يجوز ان تنقضي
في حق اثنين اصله سائر الآجال ولان المقصود بالعدة من ذوات الاقراء العلم ببراءة الرحم
وهذا المعنى قد وجد في حقهما فانقضت العدة فان قيل لو كان المقصود براءة الرحم لاقتصر
على حيضة واحدة قيل له الحامل قد ترى دم الحيض عندهم ودم الاستحاضة عندنا ولكن
لا يتميز الا ان ذلك في العادة فاعتبر مدة يتكرر فيها الحيض ليستبرئ بها عدم الحمل فان قيل عدتان
من اثنين فلا تتداخل كما لو كانتا من جنسين قيل له اذا كانتا من جنسين تداخلتا ما امكن
الا ترى ان الحيض الذي تراه في مدة الاشهر يحتسب به وانما لا يتداخل منهما ما لا يمكن

التداخل فيه فهو كالعدتين من جنس واحد سبق احدهما الاخرى فيقع التداخل فيما يمكن منهما ولا يتداخل ما زاد على مدة العدة الاولى قال فان انقضت العدة من الاولى لم تكمل من الثانية فان عليها تمام عدة الثاني وذلك لما بينا انهما تداخلان وتحتسب بما تراه منهما فاذا انقضت احدهما تمت الاخرى لان ما مضى احتسب به منهما قال وابتدا العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة روي مثل ذلك عن علي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم ولان السبب هو الموجب للعدة فاذا وجدت وجب ان تعقبها العدة قال فان لم تعلم بالطلاق والوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها وقال عليه السلام في المتوفا عنها ابتداء العدة من يوم ياتيها الخبر لنا ان العدة مضي الزمان وذلك موجود وان لم يعلم به ولان انقضا العدة لا يقف على فعلها الا ترى انها لو علمت فلم تجتنب ما تجتنبه المعتدة انقضت عدتها ولا يقف على فعلها فلا معنى لاعتبار علمها فيه قال والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بينهما او عزم الواطي على ترك وطيها وقال زفر رحمه الله من آخر ما وطيها وجه قول اصحابنا انها قد صارت فراشا بالوطي فيعتبر العدة من حين الفرقة كالنكاح الصحيح وجه قول زفر رحمه الله ان المعنى الموجب للعدة في النكاح الفاسد الوطي فاذا وجد تعلقت به العدة كالفرقة في النكاح الصحيح الجواب ان كل وطي يوجد في النكاح الفاسد تجري مجرى وطي واحد بدليل انه يستند الى حكم العقد فما لم توجد الفرقة او العزم على ترك وطيها فالحكم مترقب فلا تثبت العدة مع جواز وجوده ○ وقد قال اصحابنا اذا تاخر حيض المطلقة لعارض او غير عارض بقيت في العدة حتى تحيض او تبلغ حد الاياس وهو قول ابن مسعود وبه قال الشافعي رحمه الله في الجديد وقال في القديم اذا تاخر لغير عارض استبرت الى ان تعلم براءة رحمها ثم تعتد بالشهور وهو قول عمر رضي الله عنه لنا انها بالغ من جنسها الحيض فلا تعتد بالشهور كالتي تاخر حيضها لعارض فان قيل المقصود من العدة براة الرحم وقد علمنا ذلك قيل له يبطل به اذا قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت فعليها العدة مع علمنا ببراة رحمها قال وعلى المبتوتة والمتوفا عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الاحداد اما وجوبه على المتوفا عنها فلما روي ان ام حبيبة لما بلغها موت ابي سفيان انتظرت ثلثا ثم ادهنت وقالت ما لي من طيب

لكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت اكثر من ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فعليها الاحداد وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه لا احداد عليها لنا ما روي في حديث ام سلمة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال الحنا طيب ولم يفصل ولانها مسلمة بانت من زوجها ببينونة يتعلق بها تحريم الوطي وهي من اهل العبادات فلزمها الاحداد كالمتوفا عنها زوجها فان قيل علة موجبها الوطي فلا يجب فيها الاحداد كعدة الصغيرة قيل له الصغيرة لا تخاطب بفروع الشرع فلم يلزمها الاحداد وفي مسئلتنا خلافه قال وتترك الطيب والزينة والدهن والكحل الا من عذر ولا تختضب بالحنا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران وذلك لما روي في حديث ام سلمة ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال هو طيب وعن علي ان النبي عليه السلام نهى من التطيب وروي لا تلبس المعصفر ولا تلبس الحلي ولا تختضب ولا تكتحل واما المصبوغ بالعصفر والزعفران فله رائحة مستلذة فاشبه الطيب واما الدهن فلما روي في حديث ام حبيبة انها ادهنت بعد ثلث وقالت ما لي من طيب واما الكحل فلانه يقصد به الزينة فان فعلت ذلك لعذر وشكاه جاز لانه لا يقصد به الزينة قال ولا احداد على كافرة ولا صغيرة وقال الشافعي عليهما الاحداد لنا قوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلث وهي تنفي خطاب الصغيرة بالشرع ولانها عبادة من فروع الشرع فلا تثبت في حق الصغيرة والكافرة كالصوم والصلاة فان قيل انها معتدة من وفاة زوجها فلزمها الاحداد كالبالغة المسلمة قيل له المعنى في الاصل انها يلزمها فروع الشرع والاحداد من فروع الشرع فلزمها وفي مسئلتنا خلافه قال وعلى الامة الاحداد وذلك لانها عبادة بدنية لا يسقط بها حق المولى فلزم الامة كالصوم والصلاة قال وليس في عدة النكاح الفاسد ولا في عدة ام الولد احداد وذلك لان الاحداد يجب لحرمة الزوجية والنكاح الفاسد لا حرمة له واما ام الولد فعدتها من وطي فهي كالمعتدة من نكاح فاسد قال ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض في الخطبة وذلك لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النسا الاية قال النبي عليه السلام السر النكاح فمنع من التصريح بالخطبة واما جواز التعريض فقد دل عليه اول الاية وروي ان النبي عليه السلام قال لفاطمة بنت قيس اذا انقضت عدتك فاذنيني

وهذا التعريض وعن ابن عباس رضي الله عنه التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه
في قوله تعالى الا ان تقولوا قولا معروفا اي اني فيك لراغب واني لارجو ان نجتمع قال
ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من منزلها ليلا ولا نهارا وذلك لقوله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة ولان نفقتها حق على الزوج
فلا يجوز لها الخروج كالزوجة قال والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا
تبيت عن منزلها وذلك لما روي ان فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد الخدري قتل زوجها
فاستاذنت النبي عليه السلام في الانتقال فقال اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله فمنعها من الانتقال
اليه فدل على جوازه ولما روي ان نسوة من همدان نعي اليهن ازواجهن فسالن ابن مسعود رضي الله عنه
فقلن انا نستوحش فامرهن ان يجتمعن بالنهار فاذا كان الليل فلترجع كل واحدة الى بيتها
قال وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة وذلك
لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا قال اصحابنا
اذا زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه لان الموضع الذي
يضاف اليها قال وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجوها الورثة من نصيبهم
انتقلت وذلك لان فعل العدة في منزل الزوج عبادة واخراج الورثة لها عذر في العادات
تؤثر فيها العذر وعلى هذا قال اصحابنا في كل موضع يضطر الى الخروج مثل ان تخاف
سقوط منزلها او تخاف على متاعها او يكون باجرة ولا تجد ما تؤديه فلها ان تنتقل
للاستيناء واما اذا كان نصيبها من دار الميت يكفيها في السكنى فانها تسكن فيه ولا تنتقل
لانها تقدر ان تاتي بالعبادة على وجهها فكان اولى قال ولا يجوز ان يسافر الزوج
بالمطلقة الرجعية وقال زفر رحمه الله يجوز وهذا الاختلاف مبني على ان السفر عند اصحابنا ليس
برجعة لانه لا يختص بالنكاح الا ترى ان الانسان يسافر بزوجته وبامه وما لا يختص
بالنكاح لا يقع به رجعة وقال زفر رحمه الله هو رجعة لان من لا يريد امساك المراة لا يسافر
بها فصار السفر بمنزلة القبلة واذا ثبت عند اصحابنا ان السفر ليس برجعة فلو جاز له
ان يسافر بها لخرجت من بيتها مع بقاء العدة وذلك لا يجوز واذا ثبت من اصل زفر رحمه الله

ان السفر رجعة فقد سافر بها بعد زوال العدة فصارت كغير المطلقة قال واذا طلق
الرجل امراته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل ان يدخل بها فعليه مهر كامل وعليها
عدة مستقبلة وقال محمد رحمه الله لها نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى وبه قال الشافعي رحمه الله وجه
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ولم يفصل
ولانها معتدة عقيب الطلاق من نكاح تام فوجب ان يلزمها كمال العدة كالو دخل بها ثم
طلقها وجه قول محمد رحمه الله انها مطلقة قبل المسيس فصار كالو تزوجها ابتداء وطلقها قبل الدخول
والجواب ان هناك لا يجب عليها عدة فلا يعتبر كمالها ونقصانها وهنا تجب عدة في نكاح
تام فوجب كمالها قال ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية الى قوله الا ان يدعيه
والاصل في هذه المسائل هو ان اقل مدة الحمل ستة اشهر وذلك لما روي ان رجلا تزوج
امراة فجاءت بولد لستة اشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه اما انها لو خاصمتكم
بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال والوالدات
يرضعن اولادهن حولين كاملين فثبت ان مدة الحمل تكون ستة اشهر واما اكثر مدة الحمل
فعندنا سنتان وقال الشافعي اربع سنين لنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها انه قالت لا يبقى الولد في رحم امه
اكثر من سنتين ولو بفركة مغزل وهذا لا يقال الا من جهة التوقيف لانه امر مغيب فكانها روت
ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانها مدة تقدرت لانتقال الصبي من حال الى حال
فلا يجوز تقديرها باربع سنين كمدة الرضاع فان نقل المرجع في مدة الحمل الى الخلقة
والجبلة وليس المرجع الى الشرع فان علق الشرع به حكما وقد وجدنا مدة الحمل اربع
فوجب الرجوع اليه وهو ان محمد بن عبد الله بن حسين حملت امه اربع سنين وكذلك هرم
بن حيان حملته امه اربع سنين وسمي هرما لاحتباسه في بطن امه وقد غير ذلك لانه
قيل الوجه ذلك لظهور انتشار كان ظهر نقصان مدة الحمل من تسعة اشهر فلما لم
ذلك دل ان الرواية لا تثبت واذا ثبت ما قلناه من اكثر مدة الحمل واقلها قلنا كل موضع
كان الوطء مباحا فمدة الحمل مقدرة بستة اشهر ما لم يؤد ذلك الى اثبات رجعة
بالشك او استحقاق مال بالشك وكل موضع كان الوطء محظورا فمدة الحمل مقدرة

بسنتين

وانما كان كذلك لان الواجب حمل امر المسلمين على الصحة والسلام ما امكن فاذا تزوجها قدرت
مدة الحمل ستة اشهر حتى لا يودي الى فساد نكاحها فان طلقها طلاقا رجعيا ثبت نسب
ولدها ما بينها وبين سنتين لانها مدة الحمل وان لم تقدر مدة الحمل في هذا الموضع بستة اشهر
وان كان الوطي مباحا لان التقدير بذلك يودي الى اثبات الرجعة بالشك لانه لا بد
انا لا بد ان نحكم انه وطيها بعد الطلاق ولا حاجة بنا الى ذلك فاعتبرنا اكثر مدة الحمل اما
اذا جاءت به لاكثر من سنتين ثبت نسبه وكانت رجعة لانه لا بد ان يكون لوطي حادث بعد الطلاق
ووطيها مباح للزوج فلم نجز حمل امرها على وطي غيره فحمل الامر على انه وطيها في العدة فصار مراجعا
ويثبت نسب الولد وصحت الرجعة وان طلقها طلاقا باينا ثبت نسب ولدها ما بينها وبين سنتين
لان الوطي محظور في الطلاق الباين فالواجب حمل امر المسلم على الصحة والسلام ما امكن فقدر
مدة الحمل في الطلاق الباين بسنتين لانه اكثر المدة لئلا نحمل امرها على الفساد فان جاءت به
لاكثر من سنتين لم يثبت نسبه لانه حمل حادث بعد البينونة فلم يثبت من الزوج واما قوله
الا ان يدعيه فصحيح لانه يجوز ان يكون الزوج وطيها حال العدة بشبهة فيثبت نسب
الولد اذا ادعاه لما كان له وجه صحيح قال ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما
بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر رحمه الله اذا لم تدع الحمل في مدة العدة وجاءت به لعشرة اشهر
وعشرة ايام لم يثبت ووجه قولهم ان المتوفى عنها يجوز ان تكون حاملا فلا تنقضي عدتها
بالاشهر فوجب ان لا نحكم بانقضاء عدتها ما لم نتيقن بذلك اصله المعتدة من الطلاق
قول زفر رحمه الله ان الاصل عدم الحمل فاذا مضت اربعة اشهر وعشر حكمنا بانقضاء عدتها فكانها
اقرت بذلك فان جاءت بولد بعد ذلك لاقل من ستة اشهر جاز ان يكون لحمل حادث
فلم يثبت نسبه بالشك قال واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل
من ستة اشهر ثبت نسبه وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت وقال الشافعي رحمه الله يثبت
منه الا ان يكون قد تزوجت فيثبت من الثاني او تاتي به لاكثر من اربع سنين لنا
انها امينة فيما تخبر به من انقضاء عدتها والامين يحمل قوله على الصحة ما امكن ولان الاقرار
بانقضاء العدة معنى يصح من جهتها فوجب ان لا يحمل على الفساد متى امكن حمله على

الصحة كعقد النكاح ولا يشبه هذا المتوفى عنها اذا جاءت بولد لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام
انه يلزم وان اعترفت بانقضاء عدتها لانا في هذا الموضع حكمنا بانقضاء عدتها بمضي الشهور في
الظاهر فلما جاءت بولد لاقل من ستة اشهر بان انها كانت حاملا في العدة فبطل ما حكمنا
به فوجب ثبوت النسب فان قيل ولو اتت به لمدة حمل يجوز ان يكون منه ولم يحدث هناك ما هو اولى
منه فوجب ان يثبت النسب منه اصله اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر قيل له اذا جاءت به لاقل
من ستة اشهر فقد تيقنا كذبها واذا جاءت به لاكثر فلم نتيقن والامين يقبل قوله ما لم نتيقن كذبه
قال واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشهد بولادته
رجلان او رجل وامرأتان الى اخره وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان العدة انقضت بوضع الحمل
وصارت اجنبية ونسب ولد الاجنبية لا يثبت بشهادة النساء المنفردات وليس كذلك حال
الزوجية لان شهادة النساء تثبت بها الولادة ثم يثبت النسب بالفراش واختلفا وجه قولهما
ان هذا الولد جاءت به على حكم الفراش وحكم الفراش اقوى من نفس الفراش بدليل ان ما جاءت به
على الفراش ينتفي باللعان وفي هذا الموضع لا ينتفي باللعان فاذا ثبت ولادة المراة بقول امراة
واحدة فهذا اولى واما اذا كان هناك حبل ظاهر او اقرار الزوج بالحبل فالقول قول المراة
في الولادة بغير شهادة عند ابي حنيفة رحمه الله لانه قد يثبت كون الولد في الرحم باقراره او ظهوره
واذا ثبت فلا بد من انفصاله فيكون القول قولها في ذلك كانفصال دم الحيض وعندهما لا
يثبت ذلك الا بشهادة امراة لان كل ما يمكن ان يعلم من جهة غير الزوجة فانه لا يثبت بقولها
كسائر الحقوق بخلاف الحيض فانه لا يعلم الا من جهتها ولا يعلم من جهة غيرها قال
واذا تزوج امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه وان جاءت
به لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه ان اعترف به وهذا لما بينا ان اقل مدة الحمل ستة
اشهر فاذا اتت به لاقل من ستة اشهر من يوم التزويج تيقنا ان الحمل كان قبل العقد
فلا يثبت منه واما اذا جاءت به لاكثر من ذلك فقد جاءت به لحمل تام فيجوز ان يكون
منه الا ان له ان ينفيه عن نفسه ما لم يعترف به او يمضي من المدة ما يكون [illegible] له
اعترافه وقد بينا ذلك قال وان جحد الولادة تثبت بشهادة امراة واحدة

ثنا

تشهد بالولادة وذلك لان الولادة امر لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النسا المنفردات
وكل ما يقبل فيه قول النسا المنفردات فانه يقبل فيه قول امراة واحدة كالاخبار عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبتت الولادة بشهادتها ثبت النسب بالفراش قال واكثر
مدة الحمل سنتان واقله ستة اشهر وقد بينا ذلك قال واذا طلق الذمي الذمية
فلا عدة عليها وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليها العدة وهو
قال الشافعي رحمه الله وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان العدة لا تخلو اما ان تجب لحق الله تعالى او
لحق الزوج ولا يجوز ايجابها لحق الله تعالى لان الكفار لا يخاطبون في احكام الدنيا بالعبادات
ولا يجوز ان تجب لحق الزوج لانه لا يعتقدها حقا له واذا سقط الامران لم يجز ايجابها
وجه قولهما انها من اهل دار الاسلام كالمسلمة الجواب ان المسلمة مخاطبة بفروع
الشرع فجاز ان يلزمها العدة والكافرة لا يلزمها فروع الشرع ولا يعتقد الزوج العدة
حقا له فلم يجز ان يلزمها قال وان تزوجت الحامل من الزنا جاز النكاح ولا يطاها
حتى تضع حملها وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر رحمهما الله لا يجوز
وجه قولهما ان الحمل من الزنا لا يتعلق به حكم الا تحريم الوطي فصار كالحيض ولانه
لو منع العقد لكان لحق الزاني والزاني لا حرمة له وجه قول ابي يوسف رحمه الله انها
حامل من الغير فلا يصح العقد عليها كام الولد ولانه يعتق على الزاني اذا ملكه فصار كالولد
الثابت النسب واذا ثبت عند ابي حنيفة رحمه الله ان العقد صحيح لم يجز ان يطاها حتى تضع لقوله عليه السلام
لا يسقين احدكم ماءه زرع غيره وقد قال اصحابنا رحمهم الله ان المعتدة اذا اسقطت سقطا لم يستبن
خلقه لم تنقض به العدة وقال الشافعي رحمه الله اذا شهد اربعة من النسا انه حمل وانه لو بقي
لتصور انقضت به العدة لنا انه لم يتبين فيه خلق ادمي فلم تنقض به العدة كالنطفة
ولان النسا يخبرن عما يشاهدنه وهن لم يشاهدن خلق الولد في الرحم فلم يقبل قولهن
فالظاهر انه ليس بولد فلم تنقضي به العدة بالشك فان قيل قد ثبت بالشهادة فوجب
ان تنقضي به العدة قيل له الشاهد اذا لم يكن له طريق الى العلم بما يشهد به لا يقبل
شهادته واذا لم تقبل شهادته لم تثبت فلم تنقض به العدة به العدة ولم يذكر

قوله فلا عدة عليها يعني اذا كان معتقدهم هذا وهو اعتقاد ابي حنيفة وقالا عليها العدة

صاحب الكتاب اقل ما تصدق فيه المعتدة في انقضاء عدتها وقد قال ابو حنيفة رحمه الله لا تصدق
اذا كانت حرة في اقل من شهرين وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تسعة وثلثون يوما وجه
قول ابي حنيفة رحمه الله ما رواه محمد عنه ان انقضا العدة بتسعة وثلثين يوما نادر وهي امينة
فيما تخبر به والامين اذا ادعى خلاف الظاهر لا يقبل منه كالوصي اذا ادعى نفقة المال
الكثير في المدة اليسيرة ولا يقال فقد قلتم ان المعتدة لو لم تخبر بانقضاء عدتها عشر سنة
كانت مصدقة وذلك خلاف الظاهر لانا لا نصدقها ولكن الاصل بقاء العدة فنحن
نتمسك باليقين ولا ننتقل عنه بالشك واذا ثبت هذا فالظاهر ان من اراد ان يطلق اوقع
الطلاق في اول الطهر فتعتد عقيب الطلاق واقل الطهر خمسة عشر يوما ثم يعتبر بعده حيض
خمسة ايام ولا يعتبر لمدته ايام ولا عشرة ايام لان كل واحد منهما نادر فاعتبر الوسط
من ذلك ثم يعتبر بعد ذلك خمسة عشر طهر وخمسة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم خمسة
حيض فذلك ستون يوما وروى الحسن عنه انه قال احكم بوقوع الطلاق في اخر الطهر
لان الطلاق السنة ايقاعه في اوله وفي اخره سوا فلا حاجة لي في الحكم به في اول
الطهر واذا حكم به في اخر الطهر اعتبرت اكثر مدة الحيض وهو عشرة ايام لان في اعتبار
اخر الطهر نقص في العدة فاعتبر اكثر الحيض حتى لا يفوت حق الزوج من كل وجه
فعلى هذا يكون ابتدا العدة عشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض وخمسة طهر
وعشرة حيض فذلك ستون يوما وجه قولهما ان الامين يجب حمل قوله على الصحة ما
امكن ولا يحمل على الفساد ويجوز ان يكون حاضت اقل الحيض وطهرت اقل الطهر وطلقها
في اخر الطهر فيكون ابتدا العدة ثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض وخمسة عشر
طهر وثلثة حيض فذلك تسعة وثلثون يوما واما الامة فقال ابو حنيفة رحمه الله على
ما رواه محمد رحمه الله لا تصدق على اقل من اربعين يوما لانه يجعل عقيب الطلاق خمسة عشر
طهر وخمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض وعلى رواية الحسن عقيب الطلاق
عشرة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم عشرة حيض فتنقضي العدة بخمسة وثلثين يوما
وعلى قولهما تصدق في احد وعشرين يوما ثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض

واما النفساء اذا كانت حرة قال ابو حنيفة على رواية محمد رح لا تصدق في اقل من خمسة
وثمانين يوما وذلك لانه لا يعتبر اقل النفاس ولا اكثره ولان كل واحد منهما نادر
فاعتبر الوسط ولم يمكن اعتبار عشرين يوما لانه يكون بعد خمسة عشر طهر ثم خمسة
حيض فيؤدي ذلك الى ان يفصل بين دمين في مدة الاربعين ومن اصله ان الطهر
لا يفصل بين دمين في الاربعين وان كثر ويكون الجميع دما واحدا فاعتبر ان يكون النفاس
خمسة وعشرين يوما ثم خمسة عشر طهر ليقع الدم الاخر بعد الاربعين ثم خمسة حيض
ثم خمسة عشر طهر ثم خمسة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم خمسة حيض فذلك خمسة وثمانون
وعلى رواية الحسن رح لا تنقضي عدتها في اقل من مائة يوم لانه يعتبر اكثر مدة النفاس ثم تثبت
بعد الاربعين عشرة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم عشرة حيض ثم خمسة طهر ثم عشرة حيض
واما ابو يوسف رح فقال لا تصدق في اقل من خمسة وستين يوما لان عنده اقل النفاس
احد عشر يوما ثم يعتبر بعده خمسة عشر طهر ثم ثلثة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم
ثلثة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم ثلثة حيض واما محمد رح فقال لا تصدق في اقل من
اربعة وخمسين يوما وساعة لان عنده اقل النفاس ما وجد من الدم فيحكم بنفاس
ساعة ثم خمسة عشر طهر وثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض وخمسة عشر طهر
وثلثة حيض فذلك اربعة وخمسون يوما وساعة هذا اذا كانت حرة فان كانت امة
فعلى رواية محمد رح عن ابي حنيفة لا تصدق في اقل من خمسة وستين يوما لانه تثبت خمسة
وعشرين نفاسا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض وعلى
رواية الحسن رح تثبت خمسة وعشرين نفاسا وخمسة عشر طهر ثم عشرة حيض ثم خمسة
طهر ثم عشرة حيض فذلك خمسة وسبعون يوما وعلى قول ابي يوسف رح تثبت
احد عشر نفاسا ثم خمسة عشر طهر ثم ثلثة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم ثلثة حيض فذلك
سبعة واربعون يوما وعلى قول محمد رح تعتبر ساعة نفاس وخمسة عشر طهر وثلثة
حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض فذلك ستة وثلثون يوما وساعة واما على
قول الشافعي رح فلا تصدق الحرة في انقضاء عدتها في اقل من اثنين وثلثين يوما و
ساعة

واما على قول الشافعي رح فلا تصدق الحرة في انقضاء عدتها في اقل من اثنين وثلثين يوما ولحظتين
وبناه على اصوله من هو ان اقل الحيض عنده يوم وليلة والعدة عنده تنقضي بالاطهار فيجعل
الطلاق كانه وقع في اخر الطهر فيكون بعد الطلاق لحظة طهر ثم يوم وليلة حيض ثم خمسة عشر
يوما طهر ثم يوم وليلة حيض ثم خمسة عشر يوما طهرا ثم يشرع في اول الحيضة الثالثة
فذلك اثنان وثلثون يوما ولحظتين

كتاب النفقات

الاصل في وجوب نفقة الزوجة قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقال تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وقوله وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن
حملهن وروى ابو حرة الرقاشي عن عمه قال كنت اخذا بزمام ناقة رسول الله صلى الله عليه
اوسط ايام التشريق اذ ودعه الناس فقال صلى الله عليه اتقوا الله في النسا فانهن عندكم
عوان لا يملكن انفسهن شيا فانما اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم
عليهن حق ان لا يوطين فرشكم احدا غيركم ولا ياذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فان خفتم نشوزهن
فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف
ثم قال الا هل قد بلغت قالها ثلثا وهذا الذي ذكرناه يدل على وجوب النفقة والكسوة وقال
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وهذا يدل على وجوب السكنى لهن قال رحمه الله
النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله
فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها اما وجوب النفقة والكسوة والسكنى فقد دللنا
عليه واما وجوب ذلك للزوجة الكافرة فلعموم الاية والاخبار ولان المسلمة انما
النفقة بتسليم نفسها في بيت الزوج وهذا موجود في الكافرة واما قوله اذا سلمت نفسها
في منزله فصحيح وتسليمها نفسها شرط في وجوب النفقة ولا خلاف في ذلك وانما الخلاف
في معنى ذلك فقال اصحابنا ان النفقة تجب للزوجة على وجه الصلة ولا تجب عوضا
عن شي وقال الشافعي رح انها تجب على وجه العوض وهو الاشبه لانه لا تخلو اما ان يكون
عوضا عن البضع او عن الاستباحة ولا يجوز ان تجب عن البضع عوضا لان المهر بدل عنه
ولا يجوز ان تجب بحكم عقد واحد عن مبدل واحد بدلان لانه لا يجوز ان يكون عوضا على هذه الرواية

عن الاستمتاع لان الاستمتاع تصرف فيما ملكه بالعقد فلا يجب عنه عوضا غير ما وجب بالعقد كاستيفاء
المنافع الاجارة فان قيل لو لم يكن بدلا عن الاستمتاع لم يسقط بتعذره قيل له لا نسلم لانها
تجب عندنا للزوجة المريضة مع تعذره فان قيل لو كانت صلة لم تحبس لاجلها قيل له نفقة
ذوي الارحام تجب على وجه الصلة وان امتنع منها حبس قال ويعتبر ذلك بحالهما جميعا
موسرا كان الزوج او معسرا وهذا الذي ذكره قد فسره الخصاف فقال تجب على الزوج الموسر
للمراة الموسرة نفقة اليسار وتجب على المعسر للمراة المعسرة نفقة الاعسار وتجب على الموسر
للمراة المعسرة ادنى من نفقة الموسرات واوسع من نفقة المعسرين وذكر الشيخ ابو الحسن
ما يدل على الاعتبار بحال الزوج وحده وهو قول الشافعي رحمه وجه ما ذكره الخصاف قوله عليه السلام
لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها ولان المقصود بالنفقة
الكفاية والفقيرة لا تحتاج الى كفاية الموسرات بل تكتفي بما دون ذلك فلا معنى للزيادة
وجه ما ذكره ابو الحسن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق
مما اتاه الله فاعتبر حال الزوج في اليسار والاعسار الجواب ان الاية تدل انه ينفق من سعته
وليس فيه انه ينفق اكثر النفقات وقوله فلينفق مما اتاه الله يدل على انه ينفق بقدر الاعسار
وكذلك نقول انه لا يلزم مع الاعسار ان ينفق الا الاثنين والزيادة تثبت في ذمته ولا يعد
مع العجز وقد قال اصحابنا ان النفقة غير مقدرة وقال الشافعي رحمه على الموسر مدان
وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لنا قوله عليه السلام لهند خذي من مال ابي
سفين ما يكفيك وولدك بالمعروف فرد ذلك الى اجتهادها ولو كانت مقدرة لبين مقدارها
وايضا فانه سوى بينها وبين نفقة ولدها في الكفاية واجمعنا ان نفقة الولد غير مقدرة
كذلك النفقة فان قيل النفقة تجري مجرى المعاوضة بدليل انها تجب في مقابلة التسليم
فوجب ان تتقدر كالاجرة والثمن قيل له ليس اذا وجبت عند التسليم كانت بدلا عنه الا ترى
ان نفقة ذوي الارحام تجب عند وجود الفقر وليست عوضا عن الفقر ولان الاجرة
والثمن لا يتقدر شرعا وانما يتقدر بالتراضي كذلك النفقة لا تتقدر شرعا بل تتقدر
بالتراضي او بالقضا قال فان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها

فلها النفقة وذلك لان حبسها نفسها حتى تقبض المهر حق لها والمطالبة
باحد الحقين لا يسقط الاخر ولانها فعلت ما جعل لها فلو اسقطنا النفقة لاجله اضررنا
بها والضرر يجب الحاقه بالزوج الذي امتنع من اداء حقها قال وان نشزت فلا نفقة
لها حتى تعود الى منزله وذلك لما بينا ان النفقة تجب بشرط التسليم فاذا وجد الامتناع
بسبب من جهتها سقطت النفقة وقد دل على ذلك ايضا ما روي ان فاطمة بنت قيس لما
طلقها زوجها استطالت على احمائها بلسانها فامرها النبي عم بالانتقال الى بيت ابن ام مكتوم
تعتد فيه لسوء خلقها واسقط نفقتها فان عادت الى منزل الزوج عادت نفقتها لان المعنى
المسقط لها زال قال وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها وان سلمت نفسها
اليه وقال الشافعي رحمه في احد قوليه لها النفقة لنا انها غير مسلمة نفسها في بيت الزوج وانما سلم
وبعل فهي بمنزلة الكبيرة الناشزة اذا حملت مكرهة الى بيت الزوج انها لا تستحق النفقة فان
قيل الصغر معنى من جهة الله تعالى لا صنع للزوجة فيه فلم يمنع صحة التسليم ووجوب
النفقة كالمرض والرتق قيل له المريضة مسلمة نفسها تسليما صحيحا والاستمتاع بها
يكن بغير الجماع والصغيرة تسليمها غير صحيح والاستمتاع غير موجود بين صحة ذلك
ان للزوج ان يطالب المريضة بتسليم نفسها فدل ان التسليم صحيح وليس له ان يطالب بتسليم
الصغيرة قال وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطي والمراة كبيرة فلها النفقة
من ماله وقال الشافعي رحمه في احد قوليه لا نفقة لها لنا انها مسلمة لنفسها وانما العجز
لمعنى في الزوج فلا يسقط نفقتها كما لو كان مجبوبا او عنينا فان قيل انها دخلت في العقد
مع علمها بعجزه عن التسليم في الحال فكان ذلك رضا بترك نفقتها كما قيل في هذا يبطل به
اذا تزوجته وهي تعلم انه مجبوب فسلمت نفسها فلها النفقة نص الشافعي عليه قال
واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان الطلاق او بائنا وقال الشافعي
لا تجب للمبتوتة اذا كانت حائلا النفقة واما السكنى اما وجوب ذلك للمطلقة الرجعية
فلانها زوجة يحل له وطيها وهي محبوسة عن الازواج في منزل زوجها فاشبهت من لم يقع
عليها الطلاق واما وجوب النفقة للمبتوتة فلما روي عن عمر رض انه لما سمع حديث فاطمة بنت

فدل ذلك على ان سبب النقلة متى كان من جهتها سقطت نفقتها

بنت قيس قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة لعلها نسيت او شبه لها سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول لها النفقة والسكنى ولانها محبوسة عن الازواج في منزل الزوج لحقه
فاستحقت النفقة كالرجعية فان قيل روي عن فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها ثلثا وهو
غايب بالشام قال لها النبي عليه السلام ليس لك نفقة وامرها ان تعتد في بيت ابن ام مكتوم قيل له
هذا قد انكره عمر بن الخطاب رضي الله عنه على ما رويناه وقالت عايشة رضي الله عنها لا خير لفاطمة في رواية هذا الحديث
وكان زوجها اسامة بن زيد رضي الله عنه اذا سمعها تروي هذا الحديث رماها بكل شي في يده فاذا
انكر السلف رضي الله عنهم هذا الخبر لم يرجع اليه وقد روي انها استطالت على احمائها بلسانها فنقلها النبي عليه السلام
واسقط نفقتها لخروجها عن منزل الزوج يبين ذلك انه اسقط السكنى ايضا وقد اتفقنا على وجوبها
فالمعنى الذي اوجب سقوط السكنى عند المخالف هو الذي اوجب سقوط النفقة عندنا فان قيل
لما زالت الزوجية زالت النفقة اصله المتوفى عنها قيل له المتوفى عنها لا تجب لها النفقة مع وجود
الحمل فلا تجب مع عدمه وفي مسئلتنا تجب لها النفقة اذا كانت حاملا كذلك مع عدم الحمل قال
ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا فجعل نفقتها على نفسها وقد اختلف السلف فيها اذا كانت حاملا فقال
بعضهم نفقتها من جميع المال وقال بعضهم لا نفقة لها في مال الزوج والقياس يدل على هذا القول
لانهم اتفقوا ان غير الحامل لا نفقة لها كذلك الحامل ولان النفقة تجب حالا فحالا وقد زال ملك
الميت فلا يجوز ايجابها في ملك الغير قال وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية فلا نفقة
لها وهذا صحيح لانها منعت نفسها من زوجها بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة قال فان
طلقها ثم ارتدت سقطت نفقتها وذلك لان حق الزوج من الرجعة والعدة سقط بمعصية
من جهتها فسقطت نفقتها كما لو ارتدت قبل الطلاق قال وان مكنت ابن زوجها من نفسها
فلا نفقة لها وهذا لما بينا ان الفرقة متى جاءت بمعصية من جهتها سقطت ٥ وقد قال اصحابنا
اذا جاءت الفرقة من جهتها بغير معصية فلها النفقة مثل الفرقة التي تقع بخيار البلوغ لانها
منعت نفسها بحق فلا تسقط نفقتها كما لو منعت نفسها لتقبض مهرها قال واذا
حبست المراة في دين او غصبها رجل كرها فذهب بها او حجت مع محرم فلا نفقة لها اما

حبسها في الدين وغصبها فهو منع من جهة الادمي للزوج بغير حق فصار كالمنع بفعلها وقد
روي عن ابي يوسف رحمه الله في موضع اخر انه قال اذا كانت محبوسة قبل ان ينقلها فان كانت تقدر
ان تخلي بينه وبين نفسها فلها النفقة لان المنع من الاستمتاع بها والمنع من تسليمها في بيته ليس
من جهتها فلا يسقط حقها وهذا خلاف الاول واما اذا حجت مع محرم فان كان قبل
النقلة فلا نفقة لها في قولهم لان التسليم امتنع بفعلها فان انتقلت الى بيته ثم حجت
مع محرم قال ابو يوسف لها النفقة وقال محمد رحمه الله لا نفقة لها وجه قول ابي يوسف رحمه الله
ان التسليم قد وجد وانما امتنع من الاستمتاع بعد ذلك لاداء عبادة فلا تسقط النفقة كصوم
رمضان وجه قول محمد رحمه الله انها مانعة لنفسها بفعلها فصارت كالناشز واذا ثبت ان
لها النفقة قال يفرض لها نفقة الاقامة لان الزوج لا يلزمه الا نفقة الاقامة وما تحتاج
اليه من زيادة النفقة فانما هو لاجل فرض تختص بها فتكون الزيادة عليها دون الزوج قال
وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة وذلك لان التسليم قد وجد والمنع من الاستمتاع قد
حصل بغير فعل ادمي فلا تسقط نفقتها كالحايض وقد ذكر ابو يوسف رحمه الله انها اذا كانت مريضة
قبل الانتقال اليه مرضا لا يستطيع ان يصل اليها وبذلت الانتقال اليه فلها النفقة لانها سلمت
نفسها وهناك عارض منع الاستمتاع فصارت كالحايض قال ويفرض على الزوج اذا كان موسرا
نفقة خادمها وذلك لان صلاح طعام الزوجة وما تحتاج اليه على الزوج فاذا جرت العادة
ان لا تتولى الزوجة ذلك بنفسها وان تتولاه خادمها كان على الزوج نفقة الخادم وقد
قالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امراته وهو ادنى الكفاية
وذلك لان الخادم وان كانت مولاة موسرة فانه لا تتسع في كفايته بذلك قال ولا
يفرض لاكثر من خادم واحد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله وقال ابو يوسف اذا كان
لها خادمان فرض لهما وجه قولهما ان الزوج لو اقام خدمتها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم
فاذا اقام غيره مقام نفسه لم يلزمه ان يقيم اكثر من واحد مثله وجه قول ابي يوسف
ان المراة قد تحتاج الى خادمين احدهما لخدمتها في منزلها والاخر يتردد الى الزوج بطلب النفقة
وتشتري ما تحتاج اليه وما زاد على ذلك لا تحتاج اليه فلم تلزم نفقته قال

وعليه ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك وان كان له ولد من غيرها
فليس عليها ان تسكنه معها وذلك لان السكنى حق للزوجة فلا يجوز للزوج ان يشرك غيرها معها
فيه كالنفقة ولان الواجب على الزوجة الكون مع الزوج ولا يلزمها الكون مع غيره فلا يجوز
الزامها ما لا يجب عليها وهذا موجود في ولده من غيرها فاما اذا اختارت ذلك جاز لانها رضيت
بدون حقها وهي تملك ذلك فجاز قال وللزوج ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من
الدخول عليها وذلك لان المنزل الذي فيه الزوجة له فله منع هولاء من دخوله كسائر
منازله قال ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها اي وقت اختاروا وذلك لان الزوجة مندوبة
الى كلامهم لان في تركه قطيعة الرحم وهي منهية عما يؤدي الى ذلك واذا كانت مندوبة
اليه ولم يكن في فعله اسقاط حق الزوج لم يكن له المنع منه قال ومن اعسر بنفقة
امراته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق بينهما ان طلبت الفرقة
وكذلك ان افلس بالمهر قبل الدخول لنا قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه
الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها ومن لا يقدر على النفقة لا يكلف الانفاق فان قيل
لا نكلفه الانفاق وانما نكلفه الفراق وهو يقدر عليه قيل له لا يجوز ان يكلف الفرقة
لعجزه عن امر لا يجب عليه ولانها نفقة مقصودة بعقد النكاح فلا تجب الفرقة للعجز
عنها كالنفقة اليسار والنفقة الماضية ولان الفرقة لا يجوز ان تجب للنفقة الماضية
لانها دين في الذمة فلا يفرق بينهما لاجلها كسائر الديون ولا يجوز ان تستحق الفرقة للنفقة
المستقبلة لانها لم تجب والتفرقة تستحق لحق لم يجب ولا يجوز ان يفرق لنفقة الحال
لانها اما ان تكون في حكم الماضية او المستقبلة فان قيل قد قلتم ان الاب اذا امتنع من
نفقة ابنه مع القدرة حبس فان كان حبس للماضي فالاب لا يحبس في ديون ابنه ولا يجوز
للمستقبل لانه لم تجب ونفقة الحال في حكمها قيل له نحبسه اذا كان قادرا لعزمه على
منع الانفاق مع القدرة وهو معصية يستحق بها الحبس فان قيل قال الله تعالى
فامساك بمعروف او تسريح باحسان فخيره بين امرين فاذا عجز عن احدهما تعين عليه الاخر
وهو التسريح قيل له هذه الاية نزلت في المطلقة فامر الله تعالى الزوج براجعها وهو ان

يراجعها رغبة فيها ليستديم نكاحها ومنع من ان يراجعها وهو لا يرغب فيها ثم يعود فيطلقها فتطول
العدة عليها وهذا هو المراد بقوله ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا اي تراجعوهن ولا رغبة لتطولوا
العدة وتمنعوهن من الازواج اعتداء فان قيل ما نعني منه النكاح فالجواز ان يملك الفسخ باعوازه
اصله الوطي قيل له التفريق في العنة لا تستحق بمنع الايلاج من الوطي وتعذر النفقة لا يمنع به
الايلاج منها ابدا فافترقا ولم يمنع بتعذر النفقة الفرقة واذا ثبت انه لا يفرق بينهما وجب ان
يتوصل الى ايفائها حقها بالاذن لها بالاستدانة عليه فان قيل لا فايدة في الاذن لها بعد
فرض القاضي النفقة لها لانها قد صارت دينا بفرضه قيل له فايدة الاذن ان تحيل الغريم على
الزوج بالدين وان لم يرض بذلك ومتى استدانت من غير اذن كان المطالبة عليها خاصة قال
واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة
زوجة الغايب وولده الصغار ووالديه واولاده الكبار الزمنى والاناث وقال زفر لا
يفرض فيه شي ووجه قول اصحابنا ان الذي في يده المال اذا اقر به للغايب وبالزوجية
اقر بثبوت حقها فيه فيقضي القاضي بذلك الحق عليه باعترافه على نفسه لان كل من في يده
شي فالظاهر انه له فيقع القضا على المودع ثم يثبت في حق الغايب من طريق الحكم وانما اعتبرنا
اقراره بالمال والزوجية لانه ان جحد الزوجية لم يمكنها اقامة البينة على اثباتها لان المودع ليس
خصم في الزوجية فلا تسمع البينة عليه وان جحد المال والوديعة لم يمكنها ايضا اقامة البينة
على ذلك لانها ليست خصم في اثبات حقوق زوجها فلم يكن بد من اعترافه ليصح الحكم
باعترافه ووجه قول زفر ان المودع ليس بخصم عن الغايب فالقضا بالنفقة فيما في يده
قضا عن الغايب من غير خصم وذلك لا يصح واذا ثبت انه يقضي بنفقة الزوجة في هذا المال
قلنا ويقضي بنفقة اولاده الصغار ونفقة والديه لانها امر يجري نفقة الزوجة
بدليل انها تجب مع الفقر كما تجب نفقة الزوجة مع الفقر وهذا الذي ذكره صحيح اذا كانت
الوديعة دراهم او دنانير او مكيلا وان كان غير ذلك لم يقض منه بشي لانه لا يمكن فيه
ايجاب النفقة فيه الا بالبيع الا ترى ان النفقة انما تكون في الاثمان وذلك لا يوجد
في العروض الا بعد بيعها وبيع عروض الغايب في النفقة لا يجوز فان كانت الوديعة

طعامًا قضي فيها بالنفقه لانها جنس المستحق وان كانت شيا من جنس ما يكتسي مثلها المراة قضي
فيها بالكسوه لانها جنس المستحق ۝ وقد قالوا ان القاضي لا يبيع العروض في النفقه في قولهم
وذلك لان البيع انما يكون على وجه الحجر والحجر عند ابي حنيفه على الحر البالغ العاقل لا يجوز فاما
على قول ابي يوسف ومحمد فان القاضي يبيع على الحاضر اذا امتنع من الحق الذي عليه والغايب
لا يعلم امتناعه فلا يجوز بيع ماله عليه قال ـــــ وياخذ منه كفيلا بها وذلك لان القاضي يعلم
منصوب للاحتياط في اموال الغيب ويجوز ان يحضر الغايب فيقيم البينه علي طلاقها او ايفا
نفقتها فكان من الاحتياط ان يتوثق القاضي لذلك بالكفاله قال ـــــ ولا يقضي بنفقه
من مال غايب الا لهاولاء وهذا الذي ذكره صحيح لان نفقه الزوجه تجري مجري الديون
بدليل وجوبها مع الاعسار فتاكدت على ساير النفقات وكذلك نفقه الاولاد الصغار
لهذا المعني واما الابوين فقد جعل مال الغايب في حكم ما لهم بدليل قوله صلى الله عليه
انت ومالك لابيك فاذا جعل بمنزله ماله جاز ان يقضي له منه واما الاولاد الكبار
الزمني والاناث فالولاد موجود فيهم مع عجزهم فصاروا كالولاد الصغار فاما من
سوي هولاء من ذوي الارحام فنفقته صله لم يتاكد حكمها فلا تثبت في مال الغايب
قال ـــــ واذا قضي القاضي لها بنفقه الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقه الموسر
وذلك لان ما قضي به تقدير لنفقه لم تجب فاذا تغيرت حاله كان لها ان تطالب بتمام
حقها لانه لم يسقط قال ـــــ واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك
فلا شي لها الا ان يكون القاضي فرض النفقه او صالحت الزوج على مقدارها فيقضي
لها بنفقة ما مضي وقال الشافعي تصير النفقه دينًا بمضي المدة لنا انها نفقه
تجب حالا فحالا فلا تصير دينا بمضي المدة اصله نفقه الاقارب والمسله مبنيه على
ان النفقه لا تجب للزوجه على وجه العوض عن شي وقد دللنا عليه فيما مضي واذا لم
تجب على وجه العوض كانت صله فلا يستقر وجوبها الا بمعني ينضم الي سبب الوجوب
كالهبات فان قيل كما صار دينًا اذا حكم به الحاكم صار دينًا وان لم يحكم به اصله
المهر قيل لا نقول بموجبه لان النفقه تصير دينًا بغير حكم الحاكم اذا التزمها الزوج

يعلم

قوله فيقضي لها بنفقه ما مضي [illegible] لان النفقه [illegible] الاحتباس [illegible] الاداء [illegible] لا توهب [illegible] الاتوا ابي من القبض [illegible] ولو مات الزوج او الزوجه [illegible] بالنفقه [illegible] نفقه سنه [illegible] فلا يسترجع [illegible]

وقدرها على نفسه ثم المعني في المهر انه لما وجب في النكاح عوضًا استقر اثر فيه الطلاق فلو
كانت النفقه كذلك لاثر فيها الطلاق قال ـــــ فان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقه
ومضت شهور سقطت النفقه وكذلك ان ماتت الزوجه وذلك لما بينا ان طريق النفقه
الصلات فالم يقبض تبطل بالموت كالهبه وقد قال الشافعي رحمه الله ان تؤخذ من تركه الزوج
لانها دين ثابت يجوز الكفاله به ويحبس لاجله كساير الديون الجواب ـــــ ان الديون تجوز
ان تجب بعد الموت بتقدير اسبابها في حال الحياه فجاز ان يستوفي الى ما بعد الموت والنفقه
خلافه قال ـــــ وان اسلفها نفقه السنه ثم مات لم يسترجع منها شيًا وقال محمد يحتسب لها
بنفقه ما مضي وما بقي للزوج وبه قال الشافعي رحمه الله وجه قولهما ان النفقه اذا اتصلت بالقبض
لم يثبت فيها الرجوع بعد الموت اصله الهبه اذا قبضت ثم مات الموهوب له ووجه قول محمد رحمه الله
انها قبضت ذلك على ان يكون عوضًا عما تستحقه على الزوج في المستقبل فاذا بطل الاستحقاق
في المستقبل بقي القبض بغير حق فوجب رده كالدين والشافعي رحمه الله بنا على اصله انها تجب على وجه العوض كالاثمان
وهذا الاصل خالف فيه لانها عندنا تعجل ما يجب من الصله في المستقبل فلا يثبت الرجوع فيها وكذلك
الكسوه المقبوضه على هذا الخلاف ۝ وقد روي ابن رستم عن محمد رحمه الله انها ان كانت قبضت نفقه
شهر فما دونه لم يرجع عليها بشي وان كان اكثر من ذلك رجع ووجه ذلك هو ان
الشهر وما دونه في حكم اليسير فصار كنفقه الحال وما زاد عليه في حكم الكثير فيثبت
فيه الرجوع كالديون قال ـــــ واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها وهذا يريد به
اذا تزوج باذن المولى وذلك لان النفقه من احكام فيستوي في لزومها الحر والعبد كالمهر
وانما قلنا انه يباع فيها لانه حق لزمه بسبب من جهه المولى فيتعلق بالعبد واكسابه كديون
الماذون فاذا تعلقت برقبته جاز بيعه فيها الا ان يفديه المولى لان حق المراة في النفقه
فاذا اوفيها ذلك المولى سقط حقها فلم يكن لها بيعه قال ـــــ واذا تزوج الرجل
امة فبواها مولاها معه منزلاً فعليه النفقه وان لم يبوها فلا نفقه لها وذلك لانه
اذا بواها معه فقد صارت مسلمة نفسها في بيته فصارت كالحرة اذا سلمت نفسها واذا لم
يبوئها فليست مسلمة نفسها في بيته فلا تجب لها النفقه كالحرة الناشزة قال ـــــ

ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة
لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن فالزم الاب اجرة الرضاع مع وجود الام
فدل على ان احدهما لا يشارك الاخر فيها واذا لم يشارك الام مع الاب مع تساويهما في الدرجة
الى الصغير فالابعد اولى قال فان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه وهذا
الذي ذكره صحيح اذا وجد من يرضعه فان لم يوجد فانها تجبر على رضاعه والاصل في ذلك قوله
تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فاوجب اجرة الرضاع على الاب ولان الرضاع
مؤنة الولد فلا يلزم الام كنفقته بعد الكبر قال ويستاجر له الاب من ترضعه
عندها وذلك لما بينا ان نفقة الرضاع على الاب ولا يلزم الام الرضاع فلا بد للاب
من تحصيل من ترضعه وانما قلنا انها ترضعه عند الام لان الام احق بالولد في هذه الحال
من الاب وقد قال الله تعالى لا تضار والدة بولدها ويمكن الجمع بين الامرين فترضعه المرضعة
عند الام حتى لا يسقط واحد من الحقين قال فان استاجرها وهي زوجته او معتدة لترضع
ولدها لم يجز اما مع بقاء النكاح فلانها تستحق النفقة واجرة الرضاع تجري مجرى النفقة
ولا يجوز ان تستحق في حالة واحدة نفقتان ولان اجرة الرضاع تجب لحفظ الصبي وحفظه
هو من جملة نظافة البيت ومنفعة البيت تعود الى الزوجين فلم يجز لها اخذ العوض على
منفعة تحصل لها ولهذا قالوا لو استاجرها على رضاع ابنه من غيرها جاز لما لم يجب عليها
ان تسكنه معها ولم يكن في حفظه منفعة تعود الى منزلها فانه متى كان يكون
معها في البيت فحفظه تعود الى منفعة البيت واما المبتوتة فقال في احدى الروايتين
لا يجوز استيجارها على رضاع ابنها لانها تستحق النفقة والسكنى كالزوجة وقال في
الرواية الاخرى يجوز لان النكاح الذي كان بينهما قد زال فهي بمنزلة الاجنبية قال
فان انقضت عدتها فاستاجرها على رضاعه جاز لانها اجنبية منه فصارت كسائر
الاجانب قال فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجرة الاجنبية
كانت احق وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها وذلك لقوله تعالى لا تضار والدة
بولدها ولا مولود له بولده قيل في التاويل لا تضار والدة فتلزم الرضاع مع

كراهتها ولا يضار الاب بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية فاما اذا رضيت بمثل اجرة الاجنبية
فهي اولى لانها اشفق على الصبي ولبنها انفع له وقال الشافعي رح يجبر على ان يعطيها الاجرة
وان كانت اكثر من اجرة الاجنبية فاما اذا رضيت لان حقها في الحضانة ثابت فصار كالو رضيت
باجرة الاجنبية والجواب ان هناك لا حظ للاب في الاجنبية ولبن الام اصلح وانفع فلم
يجز اسقاط حقها من غير منفعة للاب وههنا خلافه قال ونفقة الصغير واجبة
على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما نفقة
الزوجة فلانها تجب بحكم العقد وما وجب بحكم العقد لا يؤثر فيه الاديان اصله المهر
واما نفقة الولد الصغير فلانها تجري مجرى نفقة الزوجة بدليل قوله عم لهند خذي
من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف اجراهما مجرى واحدا فاذا لم يؤثر اختلاف
الدين في احدهما كذلك الاخرى قال واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد
وذلك لما روي في حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة اتت النبي عم فقالت يا
رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه
مني فقال النبي عم انت احق به ما لم تنكحي ولانها اعرف بتربية الصبي كما ان الاب احفظ لماله
فلما كان الاب احق بالتصرف في المال كانت الام احق بامساك الصبي قال فان لم تكن ام فام
الام اولى من ام الاب وذلك لانهما قد تساويا في القرابة واحدهما تدلي بالام وهذه
الولاية مستفادة من جهة الام فمن تدلي بها يكون اولى قال فان لم تكن ام الام
فام الاب اولى من الاخوات وذلك لان الجدة لها ولاد وهي اكثر شفقة فكانت اولى
قال فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات وذلك لان الاخوات
من ولد الابوين والعمات والخالات من ولد الجد فكان ولد الابوين اولى قال وتقدم
الاخت من الاب والام ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب وذلك لان الاخت من
الاب والام تدلي من الجهتين جميعا فكانت اولى ثم الاخت من الام اولى من الاخت من الاب
لانهما قد تساويا في القرابة واحدهما تدلي بالام التي استفيدت هذه الولاية من جهتها
فكانت اولى كما تقدم الخالة على العمة وقد قال الشافعي رح الاخت من الاب اولى من الاخت

من الام لانها شخصان لا ولاد لهما فكان اولاهما بالحضانه اقواهما في الارث اصله الاخت من
الاب والام والاخت من الام قلنا اعتبار قوه الارث في الحضانه لا معنى له لان الاب
اقوى في الارث من الام ولم يكن اولى منها بالحضانه كذلك هذا واختلفت الروايه
في الاخت من الاب والخاله فروى محمد عن ابي حنيفه وابي يوسف رحمهم ان الخاله اولى وهو قول
محمد وزفر رحم ووجه ذلك ما روي ان ابنه حمزه رض لما رات عليا تمسكت به وقالت ابن عمي
فاخذها فاختصم فيها علي وزيد وجعفر رض فقال علي بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها
عندي وقال زيد ابنه حارثه بنت اخي اخيت بيني وبين حمزه يا رسول الله فقضى بها النبي علم
لخالتها وقال الخاله والده وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفه رض ان الاخت
من الاب اولى ووجه ذلك ان الاخت من ولد الاب والخاله من ولد الجد وجهه الاب
اقوى فكانت اولى وهذه العله تقتضي ان يقدم بنات الاخوات على الخالات قال ثم الخالات
اولى من العمات لانهن قد تساوين في القرابه فمن يدلي بالام اولى كام الام وام الاب قال
ينزلن كما ينزلن الاخوات ثم العمات ينزلن كذلك لما ذكرنا في الاخوات وقد قال اصحابنا
ان بنات الاخ اولى من العمات والخالات لانهن من ولد الاب وبنات الاخت اولى من بنات
الاخ لان الاخ لا حق له في الحضانه والاخت لها حق فمن يدلي بها اولى فاما بنات العم وبنات
الخال والخاله والعمه فلا حق لهن في الحضانه لانهن رحم بلا محرم والحضانه تثبت لذوات
المحارم قال وكل من تزوجت منهن فلا حق لها الا الجده اذا كان زوجها الجد
وذلك لقوله صلى الله علم للمراه التي اتته في شان ولدها انت احق به ما لم تنكحي ولان الصبي
يلحقه جفا ومذله من جهه زوج امه وفي ذلك ضرر على الصبي فيسقط حقها لاجل الضرر
ولا يشبه هذا الجده اذا تزوجها الجد لانه لا يلحقها جفا من جده فلم يسقط حقها وعلى هذا الام
اذا تزوجت بالعم لا يسقط حقها لما ذكرناه قال فان لم يكن للصبي امراة من اهله واختصم
فيه الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان ما يستحق من القرابه يعتبر فيه الاقرب
فالاقرب اصله الميراث وولايه النكاح قال والام والجده احق بالغلام حتى ياكل وحده
ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وبالجاريه حتى تحيض وذلك لما روي ان عمر رض

طلق امراته ام عاصم فلقيها ومعها الصبي فنازعها فارتفعا الى ابي بكر رض فقضى ان ريحها
وفراشها خير له حتى يشب ولان الصبي اذا استغنى بنفسه احتاج الى التاديب والاب اعرف
بالتاديب من الام فكان اخذه اولى لئلا يتخلق بعادة اخلاق النساء وترك التاديب وقد كان
القياس ان تكون الام احق بهما ما لم يبلغا لان الحضانه ولايه للام فلا ترتفع الا بالبلوغ
كولايه الاب وانما تركوا القياس في الغلام لما ذكرنا والجاريه بقي على اصل القياس وقد
روى هشام عن محمد رحم ان الجاريه اذا بلغت حدا تشتهى فالاب احق بها وذلك لانها صارت اذا
تشتهى احتاجت الى الحفظ والرجال اكثر غيره من النسا فكانوا اولى وقد قال الشافعي رض ان
الام والجده احق بالغلام حتى يبلغ سبع سنين ثم يخير فيكون عند من يختار من الابوين
وهذا لا يصح لان الصبي يختار من الابوين من لا يلزمه التاديب ولا ينكر عليه وفي ذلك الحاق
ضرر به فلم يرجع الى اختياره ولانه اذا لم يبلغ حدا يكتفي بنفسه ففي كونه عند الاب ضرر
عليه لان النسا اقوم بالتربيه من الرجال فاذا اختار الاب في هذه الحال فاختياره يضر به فلا
يرجع الى اختياره وكذلك الجاريه اذا اختارت بعد البلوغ الام ففي ذلك ضرر عليها لان الاب
اغير عليها واحفظ لها فلم يقبل قولها فيما يضر بها فان قيل روي عن ابي هريره رض قال
كنت عند النبي علم اذ جاءته امراة فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وانه
قد نفعني وسقاني من بير ابي عنبه فقال النبي علم استهما عليه فقال الرجل من يحاجني في ولدي
فقال النبي علم هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شيت فاخذ بيد امه فانطلقت به قيل له هذه
قصه في عين فيحتمل ان يكون بالغا وهو الظاهر لانها قالت نفعني وسقاني من بير عنبه وقد
قيل ان هذه البير لا يستقي منها الا البالغ قال ومن سوى الام والجده احق بالجاريه حتى
تبلغ حدا تشتهى وذلك لان ولايه الحضانه تستفاد بالولاده فمن لا ولاده له لا ولايه له وانما
تثبت له الحضانه لحاجه الصبي اليه فاذا بلغ الصبي والصبيه الى هذه الحال فقد استغنى عنه
واحتاج الى الحفظ فكان الرجال احق بها قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد
اذا اعتقت في الولد كالحرة وليس للامه وام الولد قبل العتق حق في الولد وانما كان
كذلك لان الحضانه ضرب من الولايه ولا حق للاماء في الولايه فاما اذا اعتقها .

فثبت لها الحضانة لانها من اهل الولاية بعد العتق والولاية موجودة فصارت كالحرة الاصلية
قال والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان ويخاف عليه ان يالف الكفر
وذلك لان هذا الحق انما يثبت للام لاجل منفعة الصغير والكفر لا ينفيه اصله ولاية الاب
في المال قال واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك الا ان تخرجه
الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه وجملة ذلك ان الحضانة حق للام فاذا ارادت الخروج بولدها
من المصر فليس للاب اخذه لما فيه من اسقاط حقها ولكنها تنظر في ذلك فان كانت الام زوجة
فللزوج منعها من الخروج كان ولدها معها او لم يكن لان المقام في منزل الزوج واجب عليها فاذا
ارادت تركه منعها وان كانت مبتوتة وارادت ان تخرج به الى بلدها وقد وقع النكاح فيه
فلها ذلك لان من تزوج في بلد فالظاهر انه يقيم فيه واذا كان كذلك فقد التزم لها المقام
في بلدها وانما خرجت معه لان عليها اتباعه لحكم الزوجية فاذا زال العقد جاز ان تعود
كما رضي بذلك واما اذا ارادت ان تنقله الى بلدها وقد وقع النكاح في غيره فليس
لها ذلك لان الاب لم يلتزم لها المقام في بلدها فلم يكن لها التفريق بينه وبين ولده من غير
التزام يوجد من جهته واذا وقع النكاح في غير بلدها فارادت نقله الى البلد الذي وقع النكاح
فيه لم يكن لها ذلك لانه دار غربة كالبلد الذي فيه الزوج واذا تناءى الموضعان لم يجز له
النقل فان ارادت نقل الصبي الى بلد اخر وبين البلدين ما يقدر الاب ان يصير اليه ويعود الى منزله
قبل الليل فلها ذلك لان هذا لا يلحق الاب ضرر بالانتقال الا كما يلحقه بالتنقل في محال المصر
فان ارادت نقل الصبي الى قريتها وقد وقع النكاح فيها فلها ذلك لما بيناه وان كان النكاح وقع
في غيرها فليس لها نقله الى قريتها ولا الى القرية التي وقع فيها النكاح اذا كانت بعيدة كما بينا
في البلدين وان كان بين القريتين قرب يمكن الاب النظر الى الصبي والعود قبل الليل فلها
ذلك لانه ليس عليه ضرر في الانتقال وان كان الاب في المصر فارادت نقله الى السواد
وقد تزوجها فيه فلها ذلك اذا كان وطنها لما بينا وليس لها ان تنقله الى قرية اخرى وان
كانت قريبة من المصر لان اخلاق اهل السواد اجفى من اخلاق المصر ففي نقله ضرر بتعود
تلك الاخلاق فلم يجز ذلك اذا لم يكن الاب التزمه وليس لها ان تنقله الى دار الحرب

ويعتبر [illegible] يومه فهو موسر وعليه عامة المشايخ واشارة النصوص وفي رواية الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله الموسر الذي له نصف القيمة سوى المنزل والخادم ومتاع البيت
وقيل [illegible] المحرم للصدقة وقول محمد رحمه الله اصح واليسار والاعسار يعتبر
يوم الاعتاق وكذا القيمة حتى لو كان موسرا يوم الاعتاق ثم اعسر لا يسقط
الضمان وعلى عكسه لا يجب الضمان واذا اختار الساكت التضمين فله ان يستسعي
العبد بعده ما لم يتصل العتق بالحكم [illegible] الحاكم في رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله
[illegible] السعاية من غير تفصيل ولو اختار السعاية ليس له التضمين
رضي العبد به ام لم يرض باتفاق الروايات وهذا انما يتاتى على قول ابي حنيفة
ولو اختلفا في قيمته للحال يقوم العبد اذا كان قائما والا فالقول قول المعتق
ولو اختلفا بعد الاعتاق بزمان [illegible] القول قول المعتق سواء كان العبد قائما او
هالكا ولو اختلفا في وقت الاعتاق [illegible] ايضا [illegible] على العتق
في الحال [illegible] والجواب في الاختلاف في اليسار والاعسار حال العتق نظير
الجواب في الاختلاف في القيمة [illegible] ينظر الى حال المعتق يوم الخصومة فان كان موسرا
[illegible] اذا كان المدة [illegible] حكم الحال والا فالقول قول المعتق
[illegible] والعبد فيهما [illegible] كالاختلاف بينه وبين المعتق ولو كان
العبد بين ثلاثة لاحدهم نصفه وللثاني ثلثه وللثالث سدسه فاعتقه صاحب
النصف [illegible] ضمان [illegible] نصيبه [illegible] للاول في النصف [illegible]
[illegible] للثاني في ثلثه [illegible] ولو اعتق عبدا مشتركا بينه
وبين الصغير فلا اب ولا وصي له [illegible] للقاضي ان يختار التضمين او السعاية
وان لم يكن له احد فله احد الخيارات الثلاث بعد بلوغه واما اذا دبر احدهم ثم
اعتقه الاخر او على عكسه [illegible] مذكورة في [illegible]
قال واذا اشترى رجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب ولا ضمان عليه علم
[illegible] شريكه او لم يعلم قال وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان

ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء
للاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى العبد في نصف قيمته لشريكا بيد
وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشترياه وقد حلف
احدهما بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شرى القريب
اعتاق وله انه رضي بافساد نصيبه لانه شاركه فيما هو علة العتق والرضى
رضى بلوازمه فصار كما لو اذن له نصا او دلالة ولانه عادته على الاعتاق لانه عادته على
شرى القريب انه اعتاق فلا يستوجب الضمان لان الحكم يدل على علمه في
ظاهر الرواية لان الحكم يدل على السبب كمن قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر
ولم يعلم به روي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الخلاف فيما اذا علم اما اذا لم يعلم يضمن قال
واذا شهد كل واحد من الشريكين على الآخر بانه سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه
موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كانا موسرين فلا سعاية وان كانا
معسرين سعى لهما وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر ولم يسع للمعسر
اما اذا كانا موسرين فلا سعاية لان كل واحد منهما يبرأ عن سعاية العبد لان بينا المعتق
يمنع السعاية عندهما ينصدقان في تعذر السعاية لانكار الشريك الاعتاق وانما سعى
للمعسرين لان كل واحد منهما يدعي السعاية على العبد والسعاية عليه صدق او كذب فلا
يسقط واما اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا فلان الموسر يدعي السعاية دون الضمان
وهي له والمعسر لما ادعي الضمان على صاحبه فقد تبرأ عن سعايته ولم يثبت الضمان لعدم
الحجة واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان بيان المعتق لما لم يمنع السعاية فقد تيقنا بالسعاية
على كل حال لان من زعم كل واحد منهما انه صار مكاتبا وحرم عليه استرقاقه ومنع
منه ان صدق يستسعى مكاتبه وان كذب يستسعى مملوكه فيثبت لهما السعاية ويتعين
ويتعذر التضمين لما مر والولاء لهما عنده وعندهما موقوف الى ان يتفقا على اعتاق
احدهما قال ومن اعتق عبده لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق لقوله عليه السلام
ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح قال وعتق المكره والسكران

المنفعتين نفقة للوالد والابن هلاكهما وليس كذلك العقار لانه لا منفعة للغايب في بيعه الا ترى
انه لا يخاف عليه الهلاك فلذلك لم يجز بيعه وجه قولهما وهو القياس ان لا ولاية للاب على الغايب
ولا يجوز له البيع كسائر الاقارب قال وان كان للابن الغايب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا
وذلك لان لهما شبهة ملك في ماله فجاز لهما تناول ما احتاجا اليه من غير اذنه وانما لم يلزمهما
الضمان لانهما اخذا ما يلزم الابن دفعه اليهما اذا كان حاضرا فاذا جاز لهما اخذه مع غيبته فاخذاه لم
يضمنا كما لو كان لهما عليه دين فاخذاه قال وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي
ضمن وذلك لانه دفعه الى غير مالكه من غير ولاية ولا اذن فلزمه الضمان كما لو انفقه على الاجنبي فاما
اذا اذن القاضي فلا ضمان لان القاضي له ولاية في مال الغايب فاذا اخذه باذن من له ولاية فيه لم يضمن كما لو اخذه
باذن المالك قال واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت
الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه وذلك لان هذه النفقة موضوعة للكفاية وقد حصلت له
الكفاية فيما مضى فلم يكن له الرجوع ولا يشبه هذا نفقة الزوجة لانها تثبت مع الغناء عن الكفاية
الا ترى انها تجب للزوجة الموسرة وليس في مضي الزمان اكثر من الاستغناء فلذلك لم تسقط فاما اذا
اذن لهم القاضي في الاستدانة فاستدانوا لم تسقط لان ما اخذوه صار دينا على الغايب بقضاء القاضي
فلا يسقط بعد ذلك كسائر الديون قال وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته وذلك لما روي
عن النبي عليه السلام انه قال في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فاطعموهم مما تاكلون
واكسوهم مما تلبسون وقال صلى الله عليه لا يدخل سيء الملكة الجنة ولا خلاف في ذلك قال فان
امتنع من ذلك وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا وذلك لانا تمكنا ان نتوصل الى الانفاق على المملوك
من ذلك منا نفعه مع بقاء ملك المولى فكان اولى من بيعه قال وان لم يكن لهما كسب اجبر المولى
على بيعهما وهذا الذي ذكره مثل ان يكون جارية لا يوجر مثلها او يكون العبد زمنا وذلك لان الانفاق
حق على المولى يلزمه الخروج منه فيجبر عليه كسائر الحقوق فاما ما ذكره من البيع فينبغي ان يكون
على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانهما يريان البيع على الحر لاجل حق الغير فاما ابو حنيفة فانه لا يرى
جواز البيع على الحر ولكنه يجبسه حتى يبيع اذا استحق عليه البيع واما البهايم فان مالكها يؤمر
بالانفاق عليها فيما بينه وبين الله تعالى ولا يجبر عليها هكذا رواه محمد لان البهايم لا يثبت لها

حق ع الاجبار انما يكون على حق ثابت واذا لم يجبر على ذلك انفق فيما بينه وبين الله تعالى لان في
ترك الانفاق تعذيب الحيوان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه عن تعذيب الحيوان ۞ وقد ذكرنا
فيما تقدم ان النفقة عندنا غير مقدرة وكذلك الكسوة وانما يعتبر قدر الكفاية فاذا اراد
القاضي ان يفرض النفقة فانه يفرضها من الطعام كل يوم ما يكفيها من الخبز والادام لان
الخبز في الغالب لا يوكل الا بادام والدهن مما لا يستغنى عنه فيفرض من كل واحد من ذلك قدر
الكفاية فاذا اراد ان يدفع قيمته قوم ذلك في كل وقت ودفعه اليها ولا يجب ان يقوم بدراهم
فيلزمه في كل وقت تلك القيمة وذلك لان ما يحتاج اليه من الطعام والادام والدهن يختلف
قيمته باختلاف الازمان ولو فرض في الدراهم ثم غلا السعر كنا قد دفعنا الى من تجب له النفقة
اقل من كفايته وان رخص السعر كنا قد الزمنا من تجب عليه النفقة اكثر مما يلزمه وذلك لا يجوز
ولكن يجب ان يفرض من الطعام والدهن فان اراد ان يدفع قيمته قومه في كل وقت ودفع القيمة
والذي ذكره محمد في الاصل من التقويم بالدراهم فليس هو على وجه التقدير وانما كان قيمة
الطعام وما يحتاج اليه في ذلك الزمان في كل شهر بحسب اختلاف السعر والكسوة ايضا على هذا
يعتبر فيها قدر الكفاية في الشتاء والصيف دون القيمة ۞

كتاب العتاق

قال رحمه الله اعلم ان الاعتاق تصرف مندوب مرضي لمالكي المملوك والمماليك محبوب دلت
عليه المشاهير من الاخبار والصحيح من الاثار منها قوله عليه السلام ايما مؤمن اعتق مؤمنا اعتق الله تعالى
بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحب ان يعتق الرجل عبدا والمراة امة ليتحقق مقابلة الا
عضاء بالاعضاء والعتق الخروج من المملوكية من المغرب يقال عتق العبد واعتقه مولاه وقد يقام العتق
مقام الاعتاق ومنه قوله مع عتق مولاكل اما كل اذا ... هذا قال الشيخ رحمه الله التبرع من المولى
البالغ العاقل في ملكه شرط لان العتق اسقاط الملك ولا ملك للرقيق والبلوغ لان الصبي ليس من
اهله لانه تبرع وهو ضرر ظاهر ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو
قال البالغ المتيقن عتقته وانا صبي او مجنون وكان جنونه ظاهرا فالقول قوله لاسناده الى حالة منافية
للجواز وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح فدل على عدم اهليته والا ان يكون
العتق في ملكه لقوله عليه السلام لا عتق الا فيما يملكه ابن ادم قال واذا قال لعبده او امته انت حر

قال رضي الله عنه ... انواع ما اسقاط ... يسمى عفوا القصاص ... واسقاط الدين يسمى ابراء واسقاط ملك البضع يسمى طلاقا واسقاط ملك الرق يسمى اعتاقا ...

او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى المولى العتق او لم ينو
لان هذه الالفاظ صريح في العتق لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنت عن النية ولو
قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة لا قضاء لانه يحتمل لكنه
خلاف الظاهر لانها جعلت انشاء شرعا كما في الطلاق والبيع ولو قال له يا حر يا محرر يا
عتيق ... حرا ما داه ... اشهد ان اسم عبده حر ثم دعاه يا حر لم يعتق وان
ناداه بالفارسية يا ازاد يعتق وكذا على عكسه لانه يعني باسم علم ولو جرى التحرير او
الطلاق على لسانه خطأ يعتق وتطلق في الروايات الظاهرة وعن ابي حنيفة انه
لغو بعث غلامه الى بلد فقال له اذا استقبلك احد فقل اني حر ففعل عتق وان بعثه
مع جماعة فقال لهم وسال منهم عاشر او غيره فقولوا انه حر ففعلوا عتق ولا يعتق
قبله ولو كان المولى قال له سميته حرا فقولوا انه حر فقالوا لا يعتق ولو قال بنا ادم
كلهم احرار لا يعتق عنده الا بالنية بالاتفاق ولو قال كل عبد في هذه السكة او في
هذه حر وفيها عبده ولم ينو عتق بالاتفاق ولو قال كل عبد في المسجد الجامع يوم
الجمعة حر او قال كل امراة له فهي طالق او قال عبيد اهل بلخ احرار او قال اهل بغداد
وعبده وامراته فيه ولم ينو لا يعتق ولا تطلق عند ابي يوسف وروى ابن سماعة عن
محمد انه يعتق بالاول اخذ عصام وبالثاني شداد ولو قال لعبده انت حر او قال
لامته انت حرة قال وكذا لو قال راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال
لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن على ما بيناه في كتاب الطلاق واما
اذا اضافه الى جزء شائع فيثبت فيه ان شاء الله ولو قال يدك او رجلك حر لا يعتق عندنا خلافا
للشافعي كما مر في الطلاق ولو قال لعبده ذكرك حر عتق عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن
محمد فيه روايتان وكذا لو قال ... لو قال بدنك بدن حر عتق وكذا الفرج
والاست وعن ابي يوسف راسك راس حر لا يعتق قال لها ... حر عن الحجاج يعتق ۞
فصل قال لعبده انت عتيق مني او لامراته انت طالق ... ان نوى عتق وطلقت
وقيل يعتق بدون النية ولو قال انت عتيق فلان يعتق ... قوله اعتقك فلان قال

ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق وكذلك كنايات العتق مثل قوله
خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل حصول هذه المعاني بالبيع
والكتابة وقد احتملها بالعتق فلا بد من النية ولو قال كل مال لي حر لا يعتق عبده ولو قال نسبك حر
او اصلك فان علم انه سبي لم يعتق والا عتق ولو قال ابواك حران لم يعتق ما لم [illegible] ولو قال لا
سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان اليد المتسلطة وسمي السلطان به لقيام يده على
رعيته وقد يبقى الملك دون اليد كالمكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفي السبيل مطلقا انما
يكون بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا ولو قال اذهب حيث شئت توجه اينما شئت من بلاد
الله لا يعتق [illegible] لا حاجة لي عليك [illegible] وما اشبه ذلك من كنايات الطلاق
لا يعتق في جميع هذه الصور وان نوى وعن ابي يوسف رح قال لامته طلقتك ونوى عتقت قال
ولو قال لعبده هذا ابني وثبت على ذلك وقال هذا مولاي او يا مولاي عتق [illegible] تاويل المسئلة الاولى اذا
كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد [illegible] واما يعتق لان البنوة سبب الحرية والكناية بالسبب
عن المسبب مذهب العرب قلت قوله هذا ابني وثبت على ذلك لم يذكر الثبوت عليه على وجه الشرط لانه
ذكر [illegible] وعلى هذا لو قال للزوجة هذه بنتي وهي تصلح بنتا له ثم قال اوهمت او
اخطات لم تقع الفرقة وانما تقع اذا دام وثبت على ذلك ومعنى الثبوت عليه ان يقول [illegible] صدق
بعده في دعوى الوهم والخطا ولو قال لعبده هذا ابني او لامته هذه بنتي ثم قال اوهمت او اخطات يعتق
ولا يصدق ولو قال لامته وهي مجهولة النسب وهي اصغر سنا منه هذه بنتي ثم تزوجها جاز
على ذلك [illegible] هذا الجواب لمعروفة النسب اما في مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها
لم يجز قلت فهذه المسائل [illegible] ان الثبوت على ذلك شرط في الفرقة وامتناع جواز النكاح
دون العتق واما اذا قال هذا مولاي او يا مولاي فان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالي
في الدين والاعلى والاسفل لكن القرائن دلت على عدم ارادة غيرها لان المولى لا يستنصر بعبده وللعبد
نسب معروف فانتفى الثاني والثالث [illegible] مع امكان الحمل على الحقيقة والاضافة الى
العبد تنافي كونه معتقا فتعين الاسفل مرادا فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي ولو
قال عنيت به المولى في الدين او الكذب صدق ديانة لا قضاء واذا ثبت انه التحق بالصريح يعتق بلفظ

عبارة عن
ما حفظ

بلفظ النداء كالصريح اذا قال يا حر يا عتيق يعتق وقال زفر رح لا يعتق بلفظ النداء
لانه للاكرام كما اذا قال يا سيدي يا مالكي قلنا الحمل على الحقيقة [illegible] لانه
ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا اذا وصف العبد بصفة ويعتق عليه
لو قال ابي وعمي وخالي او اخي يعتق لما ذكرنا وذكر في الاصل انه يعتق في جميع ذلك
الا في قوله هذا اخي وهذه اختي فانه لا يعتق عليه قال يا ابني ويا اخي لم يعتق
لان النداء لاعلام المنادي لكنه متى كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء
كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادي لاستحضاره بالوصف المخصوص كقوله يا حر
يا عتيق ومتى كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام دون تحقيق الوصف
فيه والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو تخلق من ماء غيره لا يصير ابنا
له بهذا النداء وعن ابي حنيفة رح انه يعتق فيهما والاعتماد على الاول ولو قال يا ابن
لا يعتق لانه ابن ابيه وكذا لو قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت لو قال
لغلامه هذه بنتي ولجاريته هذا ابني يعتق عندهما خلافا لمحمد رح وقيل لا يعتق عند الكل
وهو الاظهر ولو قال لغلامه يا اخي يا عمي ولامته يا اختي يا عمتي يا خالتي لا يعتق قال
ولو قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عليه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول
الشافعي رح لانه كلام محال فيلغو كقوله اعتقتك قبل ان تخلق او قبل ان اخلق وله انه محال
ان حمل على الحقيقة لكنه صحيح مجازا لانه اخبار عن حريته من حين ملكه لان البنوة في المملوك سبب
لحريته اجماعا وذكر السبب وارادة المسبب سائغ في اللغة بخلاف قوله قبل ان تخلق لانه
لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك ثم اخرجهما صحيحتين
حيث لا يكون اقرارا بالمال لان قطع اليد سبب لوجوب الدية على العاقلة وانه لا يصدق
على العاقلة وعلى هذا الخلاف اذا قال لمن هو اصغر سنا منه هذا ابي ولجاريته هذه امي
ولو قال هذا اخي لا يعتق [illegible] قال الصبي هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل المستولد لا يعتق
لا يعتق اجماعا [illegible] هشام عن محمد رح هذه خالتي من ابي او عمتي او ابن اخي في النسب من [illegible]
الى يعتق قيل له اعتقت هذا فاشار براسه اي نعم لا يعتق وفي النسب [illegible]

قوله وان قال يا ابني او يا اخي لم يعتق وان نوى وروي عن ابي حنيفة رح انه يعتق ان نوى
اذا ملكاه بالبيع او الصدقة او الوصية



ابي يوسف رح تعالى قوله انت حر او انت طالق ونواه عتق وطلقت قال وان قال لامته
انت طالق ينوي به الحرية لم يعتق خلافا للشافعي رح لموافقة الملكين الا ترى انه لو قال لامرأته انت
حرة ونوى الطلاق يقع ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق
ازالة القيد النكاح وهما غيران الاول اقوى فلا يجعل الادنى مجازا عنه دون عكسه تلك
ويمكن ان يقال الطلاق لازالة ملك منفعة البضع والاعتاق لازالة ملك الرقبة ويلزم من زوال
ملك الرقبة زوال ملك منفعة البضع اما لا يلزم من زوال ملك المنفعة زوال ملك الرقبة وجميع
كنايات الطلاق على هذا الخلاف قال ولو قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان مثل يستعمل
للمشاركة في بعض الاوصاف كالعقول والخلق والكرم ونحوها فلا يعتق بالشك قال ولو
قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات مؤكد كما في كلمة التوحيد ولو قال راسك راس
حر لم يعتق ولو قال راس حر عتق كذا ذكر حكاية عن ابي يوسف رح

فصل

قال ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه واللفظ بعمومه ينتظم قرابة الولاد والقرابة المتوسطة
المؤبدة بالمحرمية وان الشافعي رح خالفنا في القرابة المتوسطة كقرابة الاخوة والعمومة والخؤولة
ونحوها اعتبارا بالقرابة البعيدة ولنا ان هذه قرابة مؤبدة بالمحرمية لانه يحرم قطعها ونعني
وصلها وهو المعنى المؤثر في العتق حتى حرم المناكحة بينها لهذا ولا فرق بينما اذا كان المالك
مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة بخلاف ما اذا ملكا بنت عمه وهي اخته من الرضاع
لا يعتق لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق
القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة قال واذا اعتق المولى
بعض عبده عتق ذلك البعض ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله واصله
ان الاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة رح فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رح في
حال يسار المعتق فيعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات القوة الحكمية واثباتها بازالة ضدها وهو
الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد وله
ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة والمتصرف
يقتصر على ملك المتصرف في حقه لا في حق غيره والتعدي الى غيره ضرورة عدم التجزي والملك يقبل التجزي كما

في البيع والهبة فيبقى على الاصل لتحقق السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد
والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان عتق البعض يوجب ثبوته في الكل وبقاء الملك في
البعض يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا وهو مالك يدا لا رقبة الا انه اذا
عجز المستسعى لا يرد في الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة
فاما الطلاق والقصاص فليس فيهما حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم
فاما الاستيلاد فهو متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة او مكاتبة يقتصر
عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد قال
واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار عند
ابي حنيفة رح ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان
ضمن رجع المعتق على العبد بما ضمن والولاء له وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما
نصفان قال وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى
والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار و
السعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق خاصة وهذه المسألة تبتنى
على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه وقد مر والثاني ان يسار المعتق
لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لقوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا
ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الآخر قسم الواجب عليهما في اليسار والاعسار
والقسمة تنافي الشركة ولابي حنيفة رح ان مالية نصيبه احتبست عند العبد فله ان يضمنه
كالريح اذا هبت فالقت ثوب انسان في صبغ غيره فانصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة
صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا كذا هذا قلت لا بد في هذه المسألة من معرفة
ثلاثة اشياء احدها الفرق بين العتق والاعتاق والثاني فائدة تجزي الاعتاق عنده والثالث
تفسير اليسار في باب الاعتاق اما الاول فالاعتاق اثبات العتق والعتق اثر الاعتاق
والاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وفي بعض النسخ ان العتق لا يتجزى عندنا خلافا
للشافعي رح في فصل الاعسار فلا بد من التوفيق بين هذه الاقوال فنقول ان العتق

التدبير في اللغة هو النظر في عاقبة الشي اي في عاقبته وتدبير المولى نظره في عاقبة امره واصطلاحا في الشرع عبارة عن الاعتاق المضاف الى ما بعد موت المالك

يجري عنده يوبد والله اعلم انه يسقط ملك المعتق عن الشقص الذي اضاف اليه العتق ويبقى الملك في الباقي فان قلت اذا سقط ملكه عن الشقص المعتق يصير حرا كسائر الا
حرار قلت هذا يشكل بالمكاتب اذا مات مولاه فانه يسقط الملك ولا يصير حرا كسائر الاحرار
ومن قال ان العتق لا يتجزى عندنا اراد به ان هو وجه عن كونه محلا للتمليك والتملك كالبيع والهبة
والارث لا يتجزى فانه عناية صحيحة لانه من لوازم حقيقة العتق فذكر الملزوم واراد اللازم جاير
وهو وجه عن محلية التمليك والتملك متفق بين اصحابنا لكن عندهما بزوال الرق اصلا وعنده
بسقوط الملك عن الشقص المعتق وفساده في الباقي هذا ما تضمنه شرح [illegible] في الاعتاق
في هذا الباب واما فوايد تجزي الاعتاق فتمكن الشريك ان كان من اعتاق نصيبه ومن
تدبيره ومن كتابته ومن استسعايه في فصل اليسار لانه لما بقي ملكه ملك هذه التصرفات غير
انه اذا دبره يصير نصيبه مدبرا وتجب عليه السعاية للحال فيعتق بالاداء ولا يوخر عتقه
الى ما بعد الموت ومنها اذا اعتق باحد هذه الامور الاربعة فالولاء بينهما لوجود الاعتاق
منهما ومنها اذا ضمن المعتق فللمعتق ان يعتق النصف المضمون او يدبره او يكاتبه او يستسعيه
لانه انتقل اليه بالضمان وحينئذ يكون كل الولاء له ومنها اذا مات ان كان فلورثته ما كان
له من العتق والسعاية وتضمين المعتق في فصل اليسار يختارون اي ذلك شاؤا ومعنى قوله لورثته
الاعتاق للابراء لا حقيقة العتق لان المستسعى بمنزلة المكاتب عنده ولا ينفذ عتقه المكاتب
بموت مولاه ولا يورث بدل الكتابة لكن لهم الابراء عن السعاية كذا هذا ومنها ان العبد
بين جماعة اعتق احدهم نصيبه فاختار بعض الساكتين الضمان والبعض الاعتاق والبعض
الاستسعاء جاز عنده وكذا اذا اختار ذلك في رواية محمد عنه وفي رواية اخرى عنه
ليس لهم الا الاجتماع على التضمين او الاعتاق او الاستسعاء ومنها ان المعتق اذا كان مريضا
مرض الموت وهو موسر ثم مات يسقط عنه ضمان العتق ولا يوخذ من تركته بل يسعى العبد عنده
خلافا لهما ومنها اذا مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا ليس له تضمين المعتق عنده لتعذر
النقل اليه وفي المشهور عنه له التضمين هذا كله قول ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما واما تفسير
اليسار هنا فعن محمد انه اذا كان مالكا مقدار قيمة نصيب الساكت من جميع ماله سوى ملبوسه

كان

وان العقد وقع فيه لما فيه من الضرر عليها بالنشوز معهم والاستدامة بخلافهم قال
وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه
اما وجوبها للوالدين فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا نزل في الكافرين
فاما اجداده وجداته فلان اسم الاب يطلق عليهم على وجه المجاز والاحكام التي تتعلق
بالابوين عليه تتعلق بهم فلذلك ساووهم في وجوب النفقة لهم مع اختلاف الدين فلا
تجب النفقة لهم الا ان يكونوا فقراء لان الغني منهم مستغن بماله فكان ايجاب النفقة في
ماله اولى من ايجابها في مال غيره قال ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والا
بوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد وقد بينا جميع ذلك فاما ولد الولد فاسم الولد يتناولهم
على طريق المجاز والاحكام التي تتعلق بالولد تتعلق بهم فصاروا بمنزلتهم في هذا الحكم
قال ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد وذلك لان مال الابن مضاف الى الاب ويجري
مجرى ماله فصار الاب في حكم الغني فلم تجب نفقته على غيره قال والنفقة لكل ذي
رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا زمنا او اعمى فقيرا
واجبة وقال الشافعي رحمه الله لا تجب النفقة الا للوالدين والولد لنا قوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن بالمعروف الى قوله وعلى الوارث مثل ذلك وهذا يقتضي وجوب النفقة
على كل وارث كوجوبها على الوالد وروي ان امراة خاصمت عم صبيها الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فقضى عليه بنفقته وعن زيد انه قضى بنفقة صغير على امه وعمه اثلاثا ولانه
ذو رحم محرم من النسب فجاز ان يستحق بوجه النفقة كالوالدين والولد فان قيل شخصين عندكم
لا تجب نفقة احدهما على الاخر مع اختلاف الدين لا تجب مع اتفاقه كابني العم قيل لما ابني العم
رحمهما ليس بكامل بدلالة انه يجوز تزويج بنت العم كما يجوز تزويج الاجنبية وليس كذلك الاخ
لان رحمهما كامل ولهذا اوجب صلة الرحم بين الاخوين فلم يجز جمعهما في النكاح ولو ملك اخوين
لم يفرق بينهما ولو ملك ابني عم جاز ان يفرق بينهما فافترقا لهذا المعنى واذا ثبت وجوب النفقة لكل
ذي رحم محرم قلنا لا تجب الا للفقير منهم العاجز اما اعتبار الفقر فلانه تجب للحاجة ومتى
كان له مال فليس بمحتاج فكان ايجابها في ماله اولى واما اعتبار العجز فقال يقضي لصغارهم

بالنفقة لانه لا مال لهم ولا كسب فوجب صلة ارحامهم بكفايتهم وكذلك الاناث لان المراة لا
تقدر على الاكتساب فهي كالصبي وكذلك الكبار الزمنى والعميان لانهم لا يقدرون على الكسب
فلزمهم نفقتهم صلة لارحامهم فاما الكبار من ذوي الارحام الاصحا فلا نفقة لهم
وان كانوا فقرا الا الابوين خاصة والجد والجدة عند عدمهما لان الرجل الصحيح قادر على الكسب
فهو غني بكسبه كما يكون غنيا بماله فلا تجب نفقته على غيره فاما الابوان فيقضى لهما
بالنفقة مع الصحة لان في تعريضهما للكسب مع غناء الولد الحاق مشقة بهما وقد منع الولد
من ذلك قال وتجب على مقدار الميراث فتجب نفقة البنت البالغة والابن الزمن على ابويه
على الاب الثلثان وعلى الام الثلث وذلك لان الله تعالى علق استحقاق النفقة بالارث
بقوله وعلى الوارث مثل ذلك فاذا تعلق استحقاقها بالارث وجب اعتبار قدره في قدرها
قال ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين وذلك لان نفقتهم تجب على طريق الصلة ولا تجب
الصلة في ذوي الرحم غير المحرم مع اختلاف الدين بدليل انه يجوز للمسلم ان يبتدي بقتل اخيه
الحربي ولا يجوز له ان يبتدي بقتل ابيه فدل على انه تجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين وانفاق
ولا تجب صلة رحم من سواهم مع اختلاف الدين فلذلك لم تجب نفقتهم قال ولا تجب على
الفقير وذلك لان نفقة ذوي الارحام تجب على وجه الصلة فلو اوجبناها على الفقير
لم يكن ايجابها عليه اولى من ايجابها له فلهذا لم تجب وليس تجب على الفقير الا نفقة زوجته وولده
الصغار فاما نفقة الزوجة فانها اجريت مجرى الديون بدلالة انه يقضي بها الحاكم مع يسارها
والدين يجب في حال اليسار والاعسار واما نفقة الولد الصغار فانها اجريت مجرى نفقة الزوجة
فلم تختلف باليسار والاعسار قال واذا كان للابن الغايب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد
بينا ذلك قال وان باع ابواه متاعه في نفقتهما جاز عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح
لا يجوز وان باع العقار لم يجز وجه قول ابي حنيفة رح ان للاب ولاية في مال الابن في حال
صغره وتلك الولاية تزول بالبلوغ وتزول بالموت ثم اذا زالت بالموت يجوز ان يبقى لها اثر
وهو تصرف الوصي كذلك اذا زالت بالبلوغ يجوز ان يبقى لها اثر ولان مال الولد يضاف
الى الاب وفي بيع العروض منفعة للغايب لانها ربما تتلف ولا تبقى فكان في بيعها حفظا بين

ولنا ما مر من الحديث ولانه صدر من الاهل مضافا الى محله عن ولاية فينفذ قال
واذا اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما يصح في الطلاق وقد مر تعليله من قبل في
الطلاق ولو قال كل مملوك املكه فهو حر عتق ما يملكه وقت اليمين دون ما يملكه في المستقبل
ويعتق بهذه اليمين المدبر والمدبرة وام الولد واولادهما ولا يعتق المكاتب الا
بالنية ولا يدخل العبد المشترك والعبد المرهون والماذون في التجارة يعتق قال
واذا خرج عبد من دار الحرب الينا مسلما عتق وهذا اذا خرج مراغما واذا خرج عبدك
مرتدا الى الحرب ثم خرج الينا مسلما عتق لانه مسلم استولى على مال الكافر ومن ثم يملكه
وروي ان عبيد الطايف خرجوا الى النبي صلعم مسلمين فطلب اصحابه تسليمهم
فقال عتقا الله قال ولو اعتق جارية حاملا عتق حملها لان الحمل جزء من
اجزايها فصار كسائر اعضائها قال فان اعتق الحمل خاصة عتق ولم تعتق الام
لانه نفس من وجه ولهذا صحت الوصية وانما لم تعتق الام لان المولى لم يعتقها صريحا
والام لا تتبع الولد فلم تعتق تبعا ولو قال لها كل ولد تلدينه فهو حر لا يعتق احد
من اولادها الا بعد الولادة حتى لو ضرب بطنها احد فالقت جنينا ميتا فعليه نصف
قيمته لا الغرة ولو مات المولى او باعها حاملا ثم ولدته لا يعتق ولو قال كل ولد تحبلين
به او تحبلينه فهو حر عتق حين حبلت به وانما يعلم حدوث الولد بعد اليمين اذا اتت به
لاكثر من سنتين من وقت اليمين قال فان اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق ولزمه
المال نحو ان يقول انت حر على الف درهم او بالف او على ان تعطيني الفا او على ان لي عليك
الفا وانما يعتق بالقبول لانه ازال ملكه بعوض فاشبه البيع والطلاق بمال وقضية
المعاوضات ثبوت حكمها بالقبول وما شرط عليه صار دينا في ذمته ولهذا تصح الكفالة
به بخلاف بدل الكتابة لانه على شرف السقوط ولا ثبوت مع المنافي وهو قيام الرق فيه
ولا كذلك هنا ويجوز بالنقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال
بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون
اذا كان معلوم الجنس ولا يضره جهالة الوصف لانها يسيرة قال ولو علق عتق عبده

باداء المال صح وصار ماذونا لجواز بقول اذا اديت الي الفا فانت حر ومعناه انه يعتق عند
الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح بتعليق العتق بالاداء وان كان يصير معاوضة انتهاء
وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب حيث طلب منه الاداء ومراده التجارة دون التكدي فكان
اذنا له دلالة قال فان احضر المال اجبر الحاكم المولى على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار
فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية فيعتق وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس
لان تعليق العتق بالشرط لفظا يمين ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر
على مباشرة شرط يمينه لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة
والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق ومعاوضة نظرا الى المقصود وهو نيل العبد شرف الحرية ونيل
المولى المال المشروط بمقابلته فشابه الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ
حتى كان الطلاق بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى
حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء
وجعلناه معاوضة انتهاء عند الاداء دفعا للغرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول كالهبة
بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء ولو ادى البعض يجبر على القبول لكنه لا يعتق ما لم يؤد
الكل ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها وان كان اكتسبها
بعده لم يرجع عليه لانه ماذون بالاداء ولو اكتسب بعد التعليق او بعد الاذن فادى منها الالف
عتق وكان للمولى ان ياخذ الالف الباقية ولو باعه ثم اشتراه وادى الالف وقيل عتق وبا
طل لتخلله لا يعتق عند محمد ويعتق عند ابي يوسف ثم الاداء في قوله ان اديت الي الفا يقتصر
على المجلس وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا للوقت مثل متى ولو قال انت حر بعد موتي على
الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب اليه فصار كقوله انت حر غدا على الف درهم
بخلاف قوله انت مدبر على الف درهم حيث يشترط القبول في الحال لان ايجاب التدبير في الحال لكنه
لا يجب المال لقيام الرق وقالوا في مسئلة الكتاب لا يعتق وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الورثة
لان الميت لا يبقى اهلا للاعتاق قال وولد الامة من مولاها حر لانه خلق من مائه فكان جزءا
منه فيعتق في الجزئية الا ان يستقل عن حكمه بالام وهنا لو استقل عن حكمه بالام لا ينتقل الى المولى

فيعتق عليه بالملك فلا يفيد النقل ولا يستقل بخلاف زوجها قال وولدها
من زوجها مملوك لسيدها لانه خلق في ملكه فاستتبعه الام لان يقل عن حكمه
بالام مقيد وقد رضي الزوج بسقوط حقه ولهذا قلنا في ولد المغرور انه حر
الاصل لانه لم يرض ان يتبع الام قال وولد الحرة من العبد حر لان الولد يتبع
الام في الرق والحرية

باب التدبير

اذا قال المولى لعبده اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك
فقد صار مدبرا لا يجوز بيعه ولا هبته لان هذه الالفاظ صريح في التدبير وانه
اثبات العتق عن دبر منه وعدم جواز بيعه وهبته مذهبنا وقال الشافعي يجوز كما
في الوصية وسائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولنا قوله عليه السلام المدبر لا
يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث كذا رواه ابن عمر ولان التدبير سبب الحرية
في الحال للزوم بطلان الاهلية عند الموت بخلاف الوصية وسائر التعليقات فشابه
الاستيلاد وقد يكون التدبير بلفظ اليمين والوصية كقوله ان مت فانت حر او
قال اوصيت لك بعتقك او برقبتك او بثلث مالي لان بعضه صار موصى له وعن
ابي يوسف اوصى لعبده بسهم من ماله يعتق بعد موته ولو اوصى له بجزء من ماله لا
يعتق لان الاول وصية بسدس رقبته فاستحق عتق جزء منها بالموت فكان نحو الخلاف
الجزء فان للورثة ان يعينوا اي جزء شاءوا ولو قال ان مت فلا سبيل لاحد عليك صار
مدبرا قال وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة فله ان يطاها وله ان يزوجها
لقيام الملك له فيه والملك مطلق لهذه التصرفات والثابت فيه حق الحرية وبعض الحرية لا
يمنع هذه التصرفات فهذا اولى قال واذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله ان خرج
من الثلث لما روينا وهو مذهب سعيد وشريح والحسن بن سيرين وعن ابن مسعود والنخعي
وحماد انه يعتق من جميع المال والحجة عليهم ما رويناه قال فان كان على المولى دين سعى
في جميع قيمته لغرمائه لتقدم الدين على الوصية وتعذر نقض العتق قلت وهذا
اذا كان الدين مستغرقا لماله وان لم يكن يقدم الدين ثم الثلث قلت وقد احمل القيمه

ولم يُبيّنه انه يسعى في قيمته قنّا ام مدبّرًا وذكر في سط انه يسعى في قيمته مدبّرا وذكر
محمد في كتاب الحجر اذا دبّر السفيه ثم مات يسعى الغلام في قيمته مدبّرا وليس عليه نقصان
نقصان التدبير كالمصلح اذا دبّر ومات وعليه ديون بط واختلف في قيمة المدبر فقيل يا
يستخدم مدّة عمره وقيل تقوم قاية المنافع التي تفوت بالتدبير واليه اشار محمد رح وقيل نصف
قيمته لو كان قنا وقيل ثلثا قيمته قال وولد المدبرة مدبر وعليه اجماع الصحابة رض لان رقها
فيسري الى صفتها كالرق والحرية قال فان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول
ان مت من مرضي هذا او سفري او مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان سبب الحرية لم ينعقد
في الحال لتردد هذا القيد لجواز ان لا يموت منه فصار كسائر التعليقات بخلاف المدبر المطلق
لانه تعليق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة قال فان مات المولى على الصفة التي ذكرها
عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لما مر ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين او
قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب فهو مدبر مطلق لانه كالكائن لا محالة ط ان
مت الى مائتي سنة فانت حر فهو مقيد يجوز بيعه ولو قال انت مدبر على الف درهم فقبل فهو مدبر
ويسقط المال بطع ان مت من مرضي هذا فهو حر فقبل لا يعتق بخلاف ما لو قال في مرضي ولو قال
ان مت من مرضي وله حمى فتحول صداعا او على عكسه قال محمد هو مرض واحد ط ولو قال انت
حر يوم اموت فان نوى النهار خاصة فمدبر مقيد والا فمطلق ولو قال انت حر بعد موتي وموت
فلان او قال بعد موت فلان وموتي لا يصير مدبرا في الحال فان مات فلان اولا وهو في ملكه صار مدبرا
مطلقا وان مات هو اولا لا فلا ولورثته بيعه ولو قال اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلم
صار مدبرا ولو قال انت حر بعد موتي بيوم او بشهر فليس بمدبر وهو ايضا بالعتق حتى لا يعتق بعد
موت المولى ومضي اليوم ما لم يعتقه الموصى فصي يجب اعتاقه فيعتقه الوصي او الورثة قد
ولو قال ان مت ودفنت او غسلت وكفنت فانت حر فليس بمدبر فان مات ووجد الشرط قال
ابو حنيفة رح استحسنا ان يعتق من الثلث والقياس ان لا يعتق وكذا اذا قال ان مت ودخلت
الدار ثم وجد الشرط لم يعتق وذكر العود رح الفوت منها ط حك ولو قال انت حر قبل موتي
بشهر فليس بمدبر وان كان يعتق بعد موته ويجوز بيعه اما عند ابي حنيفة رح فظاهر لان اصل

العتق الى وقت وهو شهر قبل موته وانه لا يمنع البيع وعندهما ليس بمدبر مطلق لجاز
بيعه اذا مضى شهر قبل لا يجوز بيعه لانه صار مدبرا مطلقا واكثر المشايخ على انه يجوز بيعه
وهو الاصح ثم اذا مات المولى بعده بشهر فعند ابي حنيفة رح يستند عتقه الى ذلك الوقت فيعتبر
حاله فيه فان كان صحيحا في ذلك الوقت يعتق من جميع المال والا فمن ثلثه
وعندهما يعتق من ثلث ماله غير مستند وعند الشافعي رح اذا مضى شهر بعد اليمين عتق في
الحال ولو مات المولى قبل مضي الشهر لا يعتق بالاجماع وكذا على هذا الخلاف لو قال انت حر
في آخر صحة بدنه التي لا صحة بعدها الى ان يتوفى بط دبر عبده ثم جن لا يبطل ولو
اوصى برقبته ثم جن ومات مجنونا بطل ولو دبر احد الشريكين فللساكت عند ابي حنيفة رح
خمس خيارات في الموسر واربع في المعسر على ما مر في العتاق

باب الاستيلاد

قال رحمه الله اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد
له لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا اجارتها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر
عن اعتاقها فتثبت بعض لوازمه وهو حرمة التمليك ولان الجزئية حصلت بين الواطي
والموطوءة باختلاط مائهما اختلاطا يتعذر التمييز وانه يمنع التمليك واليه وقعت
الاشارة في قول عمر رض حيث اشترى عبد الله بن دارث امه من رجل قد اسقطت
فامر عمر رض بردها وقال بعدما خلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن وكذا اذا كان
بعضها ملكا له لان الاستيلاد لا يتجزى لانه فرع النسب فيعتبر باصله قال
وله وطيها واستخدامها واجارتها لقيام الملك فيها فاشبهت المدبرة قال ولا يثبت نسب
ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه ثبت بمجرد
عقد النكاح فلان يثبت بالوطي في ملك اليمين اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء
الشهوة دون الولد حتى لا ينقص ملكه بخلاف النكاح لان الولد مقصود منه فلا حاجة
الى الدعوة قال فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه من غير اقرار معناه بعد
اعترافه بالولد الاول لانه لما اعترف بعين الولد مقصودا فصارت فراشا كالمنكوحة
قال فان نفاه انتفى بقوله لان فراشها ضعيف ولهذا يملك نقله الى غيره بالتزويج
وهذا في الحكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف
به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها ولم يحصنها جاز له ان ينفي كذا ذكر

عن ابي حنيفه رح وفيه روايتان عن ابي يوسف ومحمد رح في تجويز التدبير رح وجهه
الجاريه من مولاها وان لم يدعه ووجه لا يصح اعتاق المجنون وتدبيره ويصح استيلاده
بهذا النص ان دعوى المولى ليس بشرط لصيرورتها ام ولد له في بعض الاحوال وانما شرط
لظهوره والقضا عليه وهكذا في مقصوران دعوى ط في الجاريه اذا دخلت من ... بها
فعلقت فولدت صارت ام ولد له قال مشايخنا رحمهم الله وانما نقول في الكتب اذا ادعاه
المولى للاحكام الظاهره في حق القضا فاما فيما بينه وبين الله لا يشترط ذلك بل يجب
وعتق ام الولد يتعلق بتكميل الملك كعتق الجاريه حتى لو اعتقها المولى ثم ارتدت
ولحقت وسبيت وملكت تعود ام ولد له قال فان تزوجها فجات بولد فهو
في حكم امه لان حق الحريه يسري الى الولد كالحريه والتدبير والنسب يثبت من الزوج
وان كان النكاح فاسدا لان الفاسد ملحق بالصحيح في بعض الاحكام ولو ادعاه المولى
لا يثبت نسبه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره
قال واذا مات المولى عتقت من جميع المال ولا يلزمها السعايه للغرما ان كان على المولى
دين لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين
ولا يجعلن من الثلث وروي ولا يبعن ولان الحاجه الى الولد اصليه فتقدم
على حق الورثه والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصيه بما هو من زوايد الحاجه
ط ابن سماعه عن محمد رح مات مولى ام الولد ولها متاع وعروض ليس لها منه شي
الا اني استحسن ان اترك لها ملحفه وقميصا ومقنعة فاما المدبر فلا شي له والثياب
وغيرها هص واذا اسلمت ام ولد النصراني سعت في قيمتها فتعتق كالمكاتب
وقال زفر ان ابى مولاها الاسلام عتقت في الحال قال واذا وطئ الرجل امه
غيره بنكاح فولدت منه ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ولو استولد
لدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها فللشافعي رح فيه قولان له انها علقت برقيق
فلا تستحق امومية الولد كما اذا علقت من الزنى ولنا ان السبب له هو الجزئيه
والجزئيه انما تثبت بنسبه الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب
فتثبت الجزئيه بهذه الواسطه بخلاف الزنى لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني

واما يعتق ولد الزاني عليه لانه حقيقة جزءه بغير واسطه الا ترى ان من اشترى اخاه من
الزنى لا يعتق عليه لانه انتسب اليه بواسطه نسبته الى الولد وهي غير ثابته ولو ملك الزاني امه
عتق عليه لقوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولو ملك ولدها من
غيره لا يعتق وله بيعه خلافا لزفر رح قال واذا وطئ الاب جاريه ابنه فجات بولد
فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمه ولدها
وانما يثبت النسب لان له حق تملك في مال الابن لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك وادنى
درجات الاضافه في مال الابن الى الاب ان تفيد شبهه الملك وشبهه في حق ثبوت النسب
واما الاستيلاد فهو مذهبنا خلافا لابي يوسف رح والشافعي رح في احد قوليه لان دعوه المولى
في جاريه مكاتبه اقوى من دعوه الاب وذلك لا يثبت الاستيلاد فهذا اولى ولنا ان الاب
يحتاج الى ملك مال ابنه ليثبت نسب ولده فمكنه الشارع منه بغير رضاه كتملك طعامه
وكسوته لشبهه الملك له فيه بخلاف مولى المكاتب لانه لا شبهه له في كسبه وانما شبهه
الملك له في رقبته وانما تجب عليها قيمتها لان الحاجه الى ثبوت الملك لا الى التبرع فيثبت الملك
بعوض نظرا للجانبين وهذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وانما لم يلزمه
عقرها خلافا للشافعي رح كاحد الشريكين ولنا ان الملك يسبق الوطي بطريق الاستيلاد
نظرا للاب فلا يوجب العقر ولانه ضمن جميع قيمتها والبضع جزءه فيدخل ضمان الجز في الكل
خلاف الجاريه المشتركه وانما لم يضمن قيمه الولد لانه انعلق حر الاصل لما مر قال واذا
وطئ ابو الاب مع بقا الاب لم يثبت النسب وان كان الاب ميتا ثبت من الجد النسب كما يثبت
من الاب لعدم ولايه الجد مع بقاء الاب وظهورها عند موته وكفر الاب ورقه كموته لانه
قاطع للولايه قال واذا كانت الجاريه بين شريكين فجات بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه
منه لانه لما ثبت نسبه في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الكل لانه لا يتجزى لان سببه وهو
العلوق لا يتجزى قال وصارت ام ولد له اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى عندهما
واما عنده فلانه يصير نصفها ام ولد له ثم تملك نصيب صاحبه فتصير ام ولد له قال وعليه
نصف قيمتها لانه تملك عليه نصفه ونصف عقرها لان وطيه صادف ملكه وملك شريكه
فيجب العقر بقدره وقد ثبت الملك في نصيب شريكه حكما للاستيلاد فلا يمنع العقر بخلاف الاب
اذا استولد جاريه ابنه لان الملك ثمه ثبت شرطا للاستيلاد فتقدم عليه فصادف

وطيه ملك نفسه قال ولا شي عليه من قيمة ولدها لانه ملك نصيب شريكه
مستندا الى وقت الوطي فيعلق الولد في ملكه قال وان ادعياه جميعا معا ثبت نسبه
منهما وكانت الجاريه ام ولد لهما وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الاخر ويعتق
اذا حصلت في ملكهما اما النسب فمذهبنا وقال الشافعي رح يرجع الى قول القافه لان اثبات
النسب من شخصين مع علمنا انه لا يتخلق الولد من ماءين متعذر فعملنا بالشبه ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في
هذه الحادثه لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما
وكان ذلك بمحضر من الصحابه رضي الله عنهم وعن علي رضي الله عنه مثله وعن عمر رضي الله عنه لما سال القائفين فقالا لا ندري فعرضهما
ضربا ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه حتى لو وجد المرجح لا يشاركه
بان كان احدهما ابا للاخر او كان مسلما والاخر ذميا فيقدم الاب والمسلم لوجود المرجح لما
ثبت نسبه منهما صارت امه ام ولد لهما يعع عقرها قصاصا ولو جاءت بولد لم يثبت نسبه
من احد الا بالدعوى لان الوطي حرام فيعتبر الدعوه قال ويرث الابن من كل
واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وقوله حجه في حقه قال ويرثان
منه ميراث اب واحد لاستوائهما في الدعوى والملك كما لو اقاما البينه ولان التعدد
في الابنا ممكن دون الاباء بط فاذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركته بالاتفاق
ولا سعايه عليها في نصيب شريكه عنده ويسعى عندهما ولو اعتقها احدهما
عتقت ولا ضمان عليه ولا سعايه عليها وقالا يضمن نصف قيمتها ام ولد للشريك ان كان
موسرا وان كان معسرا سعت في ذلك كله فيه ام الولد نصف قيمتها قنه وقيل ثلثها
وقيل بحكم تستخدم مده عمرها قال استاذنا رحمه الله ظن بعض الناس ان قوله عتقت
بالاجماع دليل على ان الاعتاق لا يتجزى عند ابي حنيفه رح وقد كشف السر فيه في
مب ان الاعتاق يتجزى عنده لكن العتق لا يتجزى فيسري الى نصيب شريكه
وانما اخر العتق فيما اذا اعتق بعض القن نظرا للساكت ليصل الى حقه بالضمان او
السعايه بل بطلان ملكه ولا كذلك هنا لانه لا يجب الضمان ولا السعايه ثمه
فلا فايده في تاخير العتق فيه فيجب في الحال مب ولو كاتب ولده ثم اعتق بعضها
عتق كلها عندهم لما مر وسقط عنها بدل الكتابه ولو قال احد الشريكين ان كان
ما بطنها غلاما فهو مني وان كان جاريه فليست مني وعكسه للاخر فجاءت

بولد من ستة اشهر فهو لهما غلاما كان او جاريه ولستة اشهر لا يثبت النسب حتى يعيد
الدعوى بعد وان تعاقب الغلامان فالولد الاول غلاما كان او جاريه اذا ولدته لاقل من
ستة اشهر من الكلامين وان كان لاقل من الكلام الاخر دون الاول فالولد للاخر وان ولد
لستة اشهر بعد ما لم يثبت من واحد منهما لما مر قال واذا وطئ المولى جاريه مكاتبه فجات
بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه
كما في جاريه ابنه ولهما ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكها والاب يملك تملك
مال ابنه فلا يحتاج الى تصديقه قال وعليه عقرها وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور لانه
اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمه ثابت النسب منه قال
ولا تصير الجاريه ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقه وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت
لما بينا وان ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال المانع

كتاب المكاتب

اعلم ان الكتابه عقد مشروع مندوب ثبت شرعيتها بالكتاب والسنه
اما الكتاب فقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وانه للندب باجماع الامه واما
السنه فقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مايه دينار فاداها الا عشره دنانير
فهو عبد وهي مشتقه من الكتبه لان العبد لا يملك واداء بدله الا موجلا والكتبه ضد
الاجل اداءها هذا قال رحمه الله اذا كاتب المولى عبده او امته على
مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا لما بينا والمراد بالخير في الايه على ما
قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وشرط قبول
العبد لانه يلزمه مال فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ح يعتق بالاداء بحكم المعاوضه لا بحكم الشرط وقال
لا بد من ذلك التعليق بشرط الاداء مب ولو كاتبه على اي عمل كان يجوز قال
ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز منجما ومؤجلا وقال الشافعي رح لا يجوز حالا لعجزه عن
التسليم في الحال لعدم اهليه الملك قبله ولنا اطلاق ما تلونا من غير قيد ولانه
عقد معاوضه والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع والقدره انما تشترط فيه اجماعا بخلاف
السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدره عليه وفي الحال يمتنع
من الاداء يرد في الرق قال ويجوز كتابه العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشرا

يتحقق الايجاب والقبول لان العاقل من اهل القبول خلافا للشافعي بناء على مسئلة اذن
الصبي العاقل في التجارة بخلاف ما اذا لم يعقل لعدم القبول الصحيح منه فلا يعقل اصلا
حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع حص ولو قال جعلت عليك الفا
تؤديها الي نجوما اول نجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق ان
هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهي منه
في رواية ابي سليمان دون رواية ابي حفص قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى
ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشرا
والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا قال فيجوز له
البيع والشرى والسفر لان الكتابة [illegible] في البلد والتصرف لما مر قال ولا يجوز
له التزوج الا باذن المولى لانه ليس من باب الاكتساب فيبقى على اصل الحجر قال ولا يهب
ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لانه لا يملك لان هذه الاشياء تبرع وتعلق حق المولى
به يمنع التبرع لحاجته الا ان اليسير استحسانا لا قياسا لانه لا بد للتجار من الهدية
اليسيرة والضيافة اليسيرة والاعارة ولهذا ملكها العبد المأذون لانه عليه السلام قبل
الهدية من سلمان وبريرة ايضا وكانا مكاتبين سق ولو اجاز المولى كفالته او هبته
لم تصح ايضا لانه لا ملك للمولى في ماله وانما حقه متعلق به فهو كالغريم اذا اجاز عتق الوارث
او هبته لا يجوز قال وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته وكان حكمه كحكمه
لانه لا يملك كتابة مملوكه وان لم يملك اعتاقه فيجعل كاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان
كالحر يملك الاعتاق فيعتق عليه وانما كان كسبه له لانه كسب كسبه وكذا المكاتبة
اذا ولدت تبعها لانها كالبيع قال وان زوج المولى امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا
دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعيته للام ارجح لانه انفصل عنها وهو متقوم بخلاف
الاب ولهذا يتبعها في الرق والحرية قلت وقد وقع في كثير من النسخ دخل في كتابتها
وما ولد ان كتابتهما واحدة كان كتابتها كتابتهما وكتابتهما بالانفراد اولى وما وقع في بعض النسخ
وكان كسبه لهما سهو قال وان وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص
باجزائها لتوسل الى المقصود من الكتابة بالبدل منها ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء قال
فان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما مر وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالا
جنبي

كالاجنبي في اكسابه المكاتب ونفسه والا لا يتحقق الغرض منها قال واذا اشترى
المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لما مر وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل
في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد كالعتق بالملك وله ان
للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب
بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان قرابة
الولاد قرابة قوية وملك المكاتب ضعيف فيقوى الضعيف بالقوي كشبهان [illegible]
والقرابة المتوسطة ضعيفة وملك المكاتب ضعيف والضعيف يستوي بالضعيف كشبهها ده
[illegible] قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز له بيعها
معناه اشتراها مع ولدها اما دخول الولد في الكتابة لما مر واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد
في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب عندهما
لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رح لان امتناع بيعها بالتبعية للولد ولا ولد ههنا قال
وان عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل
بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ
الكتابة وقال ابو يوسف رح لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان وانما ينتظر نظرا للجانبين والثلثة
الايام لثبوت الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء وجه قول ابي يوسف رح
حديث علي رض اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق لان من عجز عن
اداء نجم فهو عن اداء نجمين اعجز وهو مقصود المولى وهو وصول حقه النجم عند حلوله [illegible]
اذا لم يكن راضيا بدونه ولا [illegible] هذا النجم صار كانه كاتبه على مال حال وهو حل
ومثله اذا عجز عن اداء الحال فللمولى ان يفسخه والاثار فيه متعارضة روي عن ابن عمر رض ان
مكاتبة له عجزت عن نجم فردها حص فان اخل بنجم عند غير الحاكم فرده برضاه جاز لان الفسخ بالتراضي
وان لم يرض لا يجوز الا بالقضاء كالرد بالعيب ط ولو اراد المكاتب ان يعجز نفسه فقال
المولى لا اعجزك قال ابو بكر البلخي رح قال محمد بن سلمة رح للمولى ذلك ولا تنفسخ الكتابة بتعجيزه
ثم قال ابو بكر هذا خلاف ما ذكره اصحابنا رح قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق
لانفساخ الكتابة وكان ما في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده قال فان مات
المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء

حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهم وهو مذهب
علمائنا رحمهم الله وقال الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه فيه زيد بن ثابت رض
ولانه يتعذر عتقه قبل الاداء لفقد الشرط وبعده لعدم المحلية ولنا انه عقد معاوضة
لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فلا يبطل بموت الاخر بالقياس بجامع الحاجة الى بقاء
العقد لاحياء الحق فيترك حيا تقديرا او يستند عتقه الى ما قبل الموت فيصير كانه ادى
قبل الموت قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه
على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته
وكسبه ككسبه فخلفه في الاداء فصار كما اذا ترك وفاء قلت وقوله في المتن
وعتق الولد بكسر القاف لانه يستند عتق الولد بالتبعية لابيه الى اخر الحيوة قال وان
ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة والا رددت في الرق عند ابي حنيفة رح
وعندهما يؤديه الى اجله كالمولود في الكتابة بجامع التبعية ولابي حنيفة رح ان الاجل يثبت
في العقد فيثبت في حق من دخل في العقد والمشترى لم يدخل فيه قصدا ولا يسري اليه حكمه لانفصاله
بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل به وقت الكتابة فسرى اليه حكمه فيسعى في نجومه ○
فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لعتقه مع عتق ابيه تبعا وكذلك ان كان
هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لانهما جعلا كشخص واحد فيحصل وقت عتقهما قال
واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة لان الخمر والخنزير
ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما القيمة فلانها مجهولة قدرا وجنسا
ووصفا فتفاحشت جهالتها كما اذا كاتبه على ثوب او دابة ولانه تنصيص على فساده بنصه على
موجبه وهو القيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة الخمر
لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة وباداء قيمتها
ايضا لانه بدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا كان قال ان اديتها
فانت حر لتعليقه بالشرط حينئذ وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في
ظاهر الرواية والفرق بينها وبين الميتة لانها مال في الجملة دون الميتة قال
ولزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته وقد تعذر بالعتق فوجب قيمته كالبيع
الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا ينقص من المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة
عنده

عنده هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد بخلاف ما لو كاتبه على ثوب حيث لا يعتق
لانه لا يوقف على مراد المولى لكثرة اجناسه فلا يعتق بدون ارادته وكذا ان كاتبه على شيء بعينه
لغيره لعجزه عن تسليمه حتى لو كان من الاثمان يجوز وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح انه
يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق فان اجاز صاحبه فعن محمد رح انه يجوز كالبيع وعن ابي حنيفة رح
انه لا يجوز وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز او لم يجز كالنكاح شرط ولو كاتبه على مدبر او ام
ولد بقيمته جاز لانه لا يملك فالعقد على القيمة فان قلت قوله في مسئلة الكتاب
ولا ينقص من المسمى ويزاد عليه لا يتصور في الكتابة بالقيمة وكذا الخمر والخنزير لانه لا تجب
المسمى فلا يتصور النقصان والزيادة عليه قلت قد تاملت في الجواب عنه زمانا وتفحصت
الشروح وباحثت الاصحاب فلم يتضح لي منه شيئا حتى ظفرت بما ذكره الامام ركن الاسلام الصافي
رحمه الله في شرحه فقال وهذا اذا سمى مالا يفسد الكتابة بوجه من الوجوه لا ينقص من المسمى
ويزاد عليه فالحاصل ان هذه صورة مستانفة غير متصلة بالاول وهذا كما اذا كاتب عبده
على الف رطل من خمر فادى ذلك عتق سواء قال اذا اديت الي فانت حر او لم يقل ويجب عليه
الزيادة ان كانت القيمة اكثر وان كانت قيمته اقل من الالف لا يسترد الفضل عندنا قلت ندعو
له رحمه الله على ذلك وكان يتخالج في قلبي ذلك لكني ما اجترات على كتبه ما لم اجده منصوصا
عليه قال فان كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة قلت معناه على حيوان
معلوم الجنس غير موصوف النوع والكيفية كالعبد والفرس والبعير حتى لو كاتب لم يبين جنسه
بان كاتبه على دابة او على عشر من الانعام لا يجوز على ما مر تقريره في النكاح ان جهالة الجنس
متفاحشة وجهالة النوع يسيرة فتحمل فيما هو معاوضة مال بغير مال من وجه وتعليق اسقاط
الملك بالشرط من وجه ويجب الوسط من النوع المذكور ويجبر المولى على قبول قيمته على ما مر
وقال الشافعي رح لا يجوز كالبيع ولنا انه يجوز كالنكاح لانه مبني على المسامحة والبيع على
المماكسة قال واذا كاتب عبديه كتابة واحدة بالف درهم ان اديا عتقا وان عجزا
ردا في الرق وفي نسخة كاتب عبديه كتابة واحدة بالف درهم جاز معناه ان اديا
عتقا وان عجزا ردا قلت وفيه اشارة الى ان هذا البيان زيادة على لفظ
المختصر وانما يجوز لانه لو جمعهما في عقدين يجوز فكذا في عقد واحد كالبيع والاجارة
والنكاح وان ادى احدهما الالف عتقا ولو ادى حصته لا يعتق خلافا لزفر رح اعتبارا

لمعنى القسمة ولنا انه تعلق عتقها باداء الالف المعلق بالشرط عدم قبل وجوده
قال فان كاتبهما على ان كل واحد منهما ضامن عن الاخر جاز الكتابة وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز لانه شرط الكفالة بدل الكتابة ولانه جعل المكاتب كفيلا وانه لا يجوز ولنا
انه يصير كانه كاتب كل واحد منهما بالالف وجعل عتق الاخر معه مشروطا في كتابته
وانه جائز في الكتابة بالعتق على انه ان اداها يعتق عنده الاخر معه واما تصحيحها كفالة
المكاتب فانا لا نجوز لشرعها ابتداء والكفالة سعي في استخلاص نفسه عن الرق
لا تبرع لجارية قال وايهما ادى عتقا لوجود الشرط وحصول البدل فيثبت
المشروط ويسلم البدل قال ويرجع على شريكه بنصف ما ادى لان الكفالة
بامره سوى قالوا ولو ادى نصفها او اقل يرجع بنصفه لكن لا اتحاد جهة لوجوب
الكل في حق كل واحد منهما وهي الكتابة ويتوقف عتقهما بهذا لكنه ليس بمال
واحد بخلاف المتفاوضين اذا افترقا فانه لا يرجع الا اذا زاد على النصف
لاختلاف جهتي الاصالة والكفالة ط ولو كاتب عبديه كتابة واحدة فعجز
احدهما فرده المولى في الرق او القاضي ولم يعلم بكتابة الاخر لم يصح فان عاد
هذا المردود وجاء الاخر ثم عجز فليس للاخر رده في الرق ولو ان رجلين كاتبا عبدا
كتابة واحدة ثم غاب احدهما فعجز المكاتب لا يعجزه القاضي حتى يجتمع الموليان خص
ولو كاتب الحر عن عبد بالف فاداه عتق ولو بلغ العبد قبل الاداء فقبل صار مكاتبا
ولو كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه غائب جاز ومعناه ان يقول كاتبني بالف
درهم على نفسي وعلى فلان الغائب فيعتق في حق الشاهد ويتوقف حق الغائب قياسا
لولايته على نفسه دون غيره وينفذ في حقهما استحسانا وايهما ادى عتقا لان الاول
نفسه فيها اصيلا والغائب تبعا وانه مشروع كالامة اذا كوتبت عن نفسها وعن اولادها
الصغار جاز ويدخل الاولاد فيها تبعا وايهم ادى عتقوا وليس عليهم من البدل شيء كذا
هذا وله ان يأخذ الحاضر بكل البدل لنفاذه عليه دون الغائب وادى لم يرجع على
صاحبه بشيء اما الحاضر فيكون البدل عليه واما الغائب فكذلك قبل العقد او لم
يقبل لانه اعتق غير موجب للرجوع فلا يتغير ولو ادى الغائب البدل جبر المولى
على القبول لتعلق حقه به كمعير الرهن اذا ادى الدين جبر المرتهن على القبول

قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه وسقط عنه مال الكتابة لانه استوفى
البدل بالاعتاق فلا يجب بدله قال واذا مات مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة كيلا
العقود ومحافظة على حق المكاتب وقيل له اداء المال الى ورثة المولى على نجومه لاستحقاقه
الحرية على هذا الوجه فلا يتغير لكن الورثة يخلفون مولاه في الاستيفاء قال
فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه وقال ابن ابي ليلى رحمه الله ينفذ لان الوارث ملك
نصيبه منه عنده كالمعلق بدخول الدار ولنا ان المكاتب لا يملك بالارث كسائر
الاسباب حتى لو زوج بنته مكاتبه ثم مات لا ينفسخ الكتابة لان الكتابة تزيل يد
المولى وتفيد حرية اليد بخلاف سائر الشروط واذا لم يملكه لا يعتق قال فان
اعتقوه جميعا عتق استحسانا وسقط عنه مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة
بطريق الكتابة لان الاعتاق من لوازم ابراء الكل بخلاف ابراء البعض او ادائه
قلت وهذا حجة لابي حنيفة رحمه الله في مسئلة تجزي الاعتاق انه يزول ملك المعتق ١
عن نصيبه ولا يعتق الا بالاداء او الابراء قلت ولم يذكر انه ان عجز بعد
موت المولى هل يرد في الرق وذكر في ط ولو مات المولى فاراد بعض ورثته ان يرد
المكاتب في الرق قبل ان يجتمع الكل فله ذلك بخلاف المولين قال وان ابى الوارث
الا نقضا فليس له يرد في الرق وفي الزيادات انه يرد في الرق بالعجز قال واذا كاتب
المولى ام ولده جاز لحاجتها في ملكه فان قلت هذا يتقوم ام الولد ولا قيمة
لها قلت نعم ولكن شرط العقود والمبايعات دون الكتابة الا ترى ان ام ولد النصراني
اذا اسلمت سعت في قيمتها قال فان مات المولى سقط عنها مال الكتابة لان
استحقاق مال الكتابة للعتق وقد حصل ذلك بموت المولى قال فان ولدت
مكاتبته منه فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت
ام ولد له لانه عرض لها جهتا حرية عاجلة ببدل واجلة بغير بدل فتخير بينهما
ونسب الولد وحريته ثابت في الحالين لان ماء المالك في المكاتب يكفي للاعتاق فان
اختارت الكتابة اخذت عقرها لانها احق بمنافعها ثم اذا مات المولى سقط عنها مال
الكتابة فان ماتت هي تؤدي مكاتبتها من مالها وما بقي لابنها وان لم تترك فلا سعاية
على ابنها لانه حر ولو ولدت ولدا اخر لا يثبت نسبه الا بدعوة المولى لحرمة وطيها

ثم اذا من غير وفاء سعى الولد الثاني لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى عتقه
عتق وسقط السعاية لانه في حكم امه ولو كاتب ام ولده جاز لتعجيل العتق ويعتق
ويسقط البدل بموت السيد ويسلم لها الاولاد والاكتساب قال واذا
كاتب مدبرته جاز لان احتياجها الى تعجيل الحرية من وجه لا يمنع استحقاقها من وجه
آخر كتعليق الحرية بالموت ثم باشتراط آخر قال فان مات المولى لا مال له غيرها
بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف رح في الاقل من ثلثي القيمة وجميع بدل الكتابة حتما وقال محمد رح تسعى في
الاقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة الا عند ابي حنيفة رح الاعتاق متجزي والذي
باق فقد عرض لها جهتا حرية معجلة بالسعاية الحالية بحكم التدبير ومؤجلة
بها على نحو بحكم الكتابة فتخير بينهما وعندهما الاعتاق لا يتجزى فلما عتق ثلثها
بموت السيد بحكم التدبير صار كلها حرة فسقط التخيير وتجب الاقل لكن محمدا رح
يقول سلم لها ثلثها بالتدبير فيستحيل ان يجب عليها بدل الثلث فيسقط
ثلث البدل كما اذا سلم لها الكل فيما اذا سعت في الثلثين حيث يسقط كل البدل
وصار كما اذا اخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها
وان قوبل بالكل صورة ضرورة سقوط ثلثها بالتدبير قبل الكتابة وصار كما اذا
طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة لدلالة
الارادة كذا هذا بخلاف ما اذا اخر التدبير لمقابلة البدل بالكل صورة ومعنى قال
وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان
شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة قال فان مضت على
كتابتها فمات المولى ولا مال له فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي قيمتها او ثلثي بدل
الكتابة وقالا تسعى في الاقل منهما فخ الخلافين والفرق بين المسئلتين ما قررناه
قال واذا اعتق المكاتب عبده على مال لم يجز لان الاعتاق على مال شرع
لزوال الملك في الحال قبل حصوله بخلاف الكتابة ولهذا لم يملكه الاب والوصي
اعتاق عبد الصغير بمال بخلاف الكتابة قال وان وهب على عوض لم يصح
لانه تبرع ابتداء وكذا اذا تصدق منه او زوج عبده او اقرض ماله

ولو زوج امته جاز لانه كسب قال وان كاتب عبده جاز استحسانا
خلافا لزفر رحمه الله وانا نقول لان العتق لم يحصل عنده الا بعد سلامة البدل
على ما بيناه قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان
الاول ليس من اهل الولاء قال وان ادى بعد عتق المكاتب الاول فولاؤه
له لانه صار من اهله كالاحرار ط ولو اشترى المكاتب امة فحملت في ملكه
وولدت فادعى المولى ولد امة مكاتبه لا يصح الا بتصديق المكاتب وعن ابي يوسف رح
انه يصح كدعوة الاب ولد جارية ابنه واما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر لا يصح
كدعوة ولا يثبت النسب الا بتصديق المكاتب ايضا وان صدقه ثبت النسب وكان
الولد عبدا على حاله وكذا لو اشترى غلاما من السوق فادعى المولى نسبه يثبت نسب
الغلام بتصديقه ويكون عبدا للمكاتب ولو ادعى ولد مكاتبته كما سبق فعلى هذا التفصيل
لكن العبرة هنا لتصديق المكاتبة لا لتصديقه

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه وولاء موالاة وسببه العقد
والمعنى فيهما التناصر وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصر العرب بهما فقال ان مولى القوم
منهم وحليفهم منهم فالمراد بالمولى المعتق وبالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة
بالحلف الاول اقوى فبدأ المصنف رح به فقال اذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه
له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله ويرث عنه لان الغنم بالغرم
قال وكذا المراة تعتق لما روي ان مولى لابنة حمزة رض مات عن بنت فجعل النبي صلعم
الميراث بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال او بغير مال بنفسه او بغيره كالارث
نصا او نصا قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لانه
شرط مخالف النص مغرب سائبة جرى من ذهب كل من ذهب السائبة كل ناقة
كانت تسيب لنذر وعبد سائبة اي معتق لا ولاء عليها وعن ابن مسعود رض السائبة يضع
ماله حيث يشاء وهو الذي لا وارث له تلت ان يعتق عبده على ان لا ولاء له
وروي انه عليه السلام قال في خطبته ما بال اقوام يشترطون شروطا ليس في كتاب
الله كتاب الله احق وشرط الله اوثق والولاء لمن اعتق قال واذا ادى المكاتب
عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لان عتقه حصل من جهة المولى

وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي كفعله والتركة
على ملكه قال وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده وولاؤهم له لما مر في العتاق
قال واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق
حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا لانه جزء منها
يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل عنه ابدا لما روينا وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر او ولدت ولدين احدهما
لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا بخلاف الحامل اذا والزوج حلالا والزوج والى غيره حيث
الولد لمولى الاب لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها وهي معتقة ولا اهلية للاب الرق فيتبعها
ولاؤه ضمنا لانه لم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا قال فان اعتق الاب جر
ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى موالي الاب لثبوت اهلية الاب وثبوت الولاء للموالي تبعا بخلاف
... هذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب
... ثم النسب الى الآباء فكذا الولاء وصار هذا كولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا
اكذب الملاعن نفسه ينتسب اليه كذا هذا بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق باين او رجعي
...ت بولد لاكثر من سنتين من الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب
... اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته والطلاق البائن لحرمة الوطي والرجعي للشك ...
الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فيعتق مقصودا حص ولو تزوج معتقة بعبد
فولدت اولادا فعقلهم على موالي الام تبعا لها ولو اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه ولا يرجع
عاقلة الام على عاقلة الاب بما عقلوا لثبوت ... لهم مقصودا على عتق الاب بخلاف ولد
الملاعنة لانه يستند الى حال العلوق قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت
اولادها لمواليها عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه لان
بالاب كما اذا كان عربيا ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبر
من الكفاءة ... والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم حتى لم تعتبر الكفاءة فيما
بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان عربيا لان انساب العرب قوية فيما
معتبرة في حق الكفاءة لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء والخلاف في مطلق المعتقة
والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وعلى هذا الخلاف اذا كان للاب ولاء موالاة لانه
اضعف من ولاء العتاقة ولو كانا معتقين فالنسبة الى الاب قال العتاقة تعصيب

وفي بعض النسخ تعصيبه وهو قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب ... ويقدم
على ذوي الارحام قال فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى منه لان المعتق آخر
العصبات لقوله عليه السلام فيما رويناه من الحديث فان لم يترك وارثا كنت انت عصبته
ولان النسب اقوى من السبب قال فان لم يكن عصبة والمعتق فميراثه للمعتق تأويله
معناه اذا لم يكن له صاحب فرض ذو حال وان كان فالفاضل عن فرضه لما روينا الحديث قال فان مات
المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق
من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلعم قال ولو ترك
المولى ابنا واولاد ابن آخر فميراثه للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر كذا روي عن عمر
وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وابي بن كعب وابي مسعود الانصاري واسامة
بن زيد رضي الله عنهم قال وان اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل
عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه وان مات ولا وارث
له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء لان فيها ابطال حق بيت المال ولذا لا يصح
بجميع المال لهذا ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة
وسئل عليه السلام عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته
وفيه اشارة الى العقل والارث في هاتين الحالتين والمال له كيف شاء فكان احق بصرفه الى حيث يشاء
والصرف الى بيت المال ... وانما تصح الموالاة بشرائط ... ان يكون المولى ... غير العربي لان
تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الموالاة والثاني ان لا يكون عتيقا لان ولاء العتق اقوى والثالث ان لا يكون
عقل عنه غيره لتأكد ذلك والرابع ان يشترط العقل والارث قال وللمولى ان ينتقل بولائه
الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم كالوصية حتى يتأكد بالعقل عنه وكذا للاعلى ان يتبرأ منه
... بمحضر من الاول لعزل الوكيل بخلاف الاسفل اذا عقد مع غيره بغير محضر من الاول حيث يصح
لانه فسخ حكمي قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه لتعلق حق الغير به
وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول قال
وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم والله تعالى اعلم بالصواب
واليه المرجع والمآب

كتاب الجنايات

الجناية عبارة عن فعل ما ليس للانسان فعله ولكنه بالشرع وبالعرف اختص • كل نوع منها باسم • قال القتل على خمسة اوجه • عمد • وشبه عمد • وخطا • وماجري مجري الخطا • والقتل بسبب • فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ماجري مجري السلاح في تفريق الاجزا كالمحدد من الخشب والحجر والنار و لا خلاف في هذه الجملة بين اصحابنا قال وموجب ذلك الماثم والقود الا ان يعفو الاوليا اما تعلق الماثم به فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الايه ولما رو عن النبي عليه السلام انه قال ان اعتى الناس على الله تعالى ثلثة رجل قتل غير قاتله • ورجل قتل في الحرم • ورجل قتل بذحل الجاهلية • وروي ان محلم بن جثامة قتل رجلا بذحل الجاهليه فقال عليه السلام اللهم لا ترحم محلما فدفن فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض فقال عليه السلام ان الارض لتقبل من هو شر منه ولكن اراد الله تعالى ان يبين لكم حرمة الدم وقد قال اصحابنا ان هذا معني محرم بالعقل وانما ورد الشرع بتاكيد ما دل عليه العقل • واما تعلق القود فلقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان في هذا الموضع القتل بدليل قوله تعالى فلا يسرف في القتل وقال عليه السلام العمد قود يعني حكم العمد حكم القود ولا خلاف في هذه الجملة ايضا • واختلفوا في تعلق وجوب المال بالعمد فقال اصحابنا موجب قتل العمد القود الا ان يتراضيا القاتل والاوليا بالعوض وقال الشافعي في احد قوليه موجب القتل اما القود واما الديه والخيار في ذلك الي الولي وفي القول الآخر موجبه

القود الا ان للولي ان ينقله الى الدية بغير رضا القاتل دليلنا قوله عليه السلام العمد قود و هذا يقتضي ان يكون جميع الحكم المتعلق به هو القود وقد صار في حكم المثل في المتلفات واتلاف ماله مثل لا يتعلق به الا المثل كذلك هذا ولان احد نوعي القتل فكان موجبه واحدا كقتل الخطا واذا ثبت ان موجبه القتل خاصه قلنا ان الولي قادر على استيفا حقه من جنسه لكماله فلا يجوز ان يعدل به الي غيره كالمثل في المتلفات فان قيل روي ان النبي عليه السلام قال في قصة خزاعة ثم انتم يا خزاعه قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وانا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وروي ان احبوا اخذوا العقل قيل له قد روي في هذا الخبر وان احبوا فادوا والمفاداة لا يكون الا بالتراضي فان ثبت ما رووه من قوله العقل ولا دليل فيه ايضا لان العقل عبارة عما يؤديه العاقلة وذلك لا يكون في العمد الا على وجه التراضي وانما يجب عنه المال على القاتل وان كان في لفظ الخبر وان احبوا اخذوا الدية فحقيقة الدية ما يؤدي وذلك لا يكون الا فيما بذله القاتل واداه فاما ما يؤخذ بغير رضاه في العمد فهو عندنا غصب ولا يسمى دية وانما قلنا انهما اذا تراضيا على الدية جاز لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي الايه معناه من بذل له اخوه شيا فليقبله لان العفو عبارة عن الفضل قال الله تعالى يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو يعني الفضل قال ولا كفارة فيه وقال الشافعي تجب الكفارة لنا ان الله تعالى ذكر قتل العمد وحكمه والخطا وحكمه وبين الكفارة في احدهما دون الآخر فلو كانت واجبة في العمد كوجوبها في الخطا لبينها ولان العمد سبب للقتل فلا يتعلق به الكفارة كالزنا بالمحصن ولم يذكر رحمه الله تعالى تعلق حرمان الميراث بقتل

العمد وهو من احكامه لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال ش وشبه العمد عند ابي حنيفة
ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد
اذا ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه
بما لا يقتل غالبا وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة ما روي عن النبي عليه السلام انه قال
الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل ولم يفصل بين
العصا الصغيرة والكبيرة ولانه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق
الاجزا فلا يجب به القصاص كالعصا الصغيرة وجه قولهما ما روي ان يهوديا
رضخ راس جارية من الانصار بين حجرين فرضخ النبي عليه السلام راسه ولانه قصد
الى الضرب بالة يقتل بمثلها في الغالب فتعلق به القصاص كالحد قال ش وموجب
ذلك على القولين الماثم والكفارة اما تعلق الماثم به فلانه تعمد به الضرب وذلك يتعلق به
الماثم قصد القتل او لم يقصد لانه ممنوع منه واما تعلق الكفارة به فلاجماع وهو
ان القايل احد قايلين اما من اوجبها في كل قتل او من اوجبها في الخطا وشبه العمد
فوجوبها في شبه العمد مجمع عليه قال ش ولا قود فيه وذلك لان النبي عليه السلام
اوجب فيه الديه خاصه فالظاهر انه جميع الحكم المتعلق به ولانه لما ثبت له احكام الخطا
من وجه وحكم العمد من وجه صار ذلك شبهة في سقوط القصاص قال ش وفيه
الدية مغلظة على العاقلة وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال الا ان قتيل خطا العمد
قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل منها اربعون خلفة في بطونها اولادها
وقد روي تغليظ الدية عن علي وعمر وابن مسعود وزيد رضي الله عنهم
وكيفية التغليظ نبين في موضعه واما وجوبها على العاقلة فقد قال اصحابنا

ان كل دية تعلق وجوبها بالقتل فانها على العاقلة كدية الخطا وكل دية وجبت بمعنى
حادث فانها في مال القاتل كالذي يجب بالصلح وعلى هذا الاصل قال الشيخ ابو الحسن
ان من قتل ابنه عمدا ان موجب قتله القود ثم سقط الى الدية لانه لو اوجب الدية
كانت على العاقلة والدليل على وجوب الدية على العاقلة ما روي ان النبي عليه السلام جعل
على بطون الانصار العقول ولما روي في حديث المغيرة قال كنت بين جارتين
فضربت احداهما الاخرى بمسطح خيمة فقتلتها والقت جنينا ميتا فقضى النبي عليه السلام
على عاقلة الضاربة بالغرة فقام عدي بن مالك فقال كيف ندي من لا اكل ولا شرب
ولا صاح ولا استهل ومثل ذلك بطل وهذا يدل على ان القضا وقع على العاقلة
وهذا نص وقد روي ان عمر قضى بالدية على العاقلة بحضرة الصحابة من
غير خلاف ويتعلق به ايضا حرمان الميراث وذلك لانه تعمد الضرب فلا يؤمن
ان يكون قصد القتل قال ش والخطا على ضربين خطا في القصد وهو ان يرمي
شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي وخطا في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب
ادميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة وذلك لقوله تعالى ومن يقتل مومنا
خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله واما كون الدية على العاقلة
فلما بيناه قال ش ولا ماثم فيه وذلك لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا
والنسيان وما استكرهوا عليه ويحرم الميراث ايضا بعموم قوله عليه السلام
لا ميراث لقاتل ولانه لا يومن ان يكون قصد القتل في الباطن واظهر الخطا فحرم
الميراث لذلك قال ش وما اجري مجرى الخطا مثل النايم ينقلب على رجل فيقتله
لان النايم لا قصد له فلا يوصف فعله بعمد ولا خطا وانما اجري مجرى الخطا لان ... القتل

مات بفعله قال وحكمه حكم الخطا وذلك لانا اجريناه مجرى الخطا فتعلق به
احكام الخطا من وجوب الكفارة والدية على العاقلة وحرمان الميراث لانه لا يؤمن
ان يكون كهو في الباطن قال واما القتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير
ملكه وذلك لان القتل هو ايقاع الفعل في المقتول او فيما اتصل به ولم يوجد ذلك
فلا يوصف بقتل عمد ولا خطا فلهذا اضيف الى المسبب قال وموجبه اذا
اتلف به ادمي الدية على العاقلة وذلك لانه تعدى فيما فعله فجاز ان يلزمه
الضمان وقد قال اصحابنا لا اثم عليه بالموت وعليه الاثم لحفره لان الما
ثم يجب على فعل مانع منع من فعله وهو موجود في الحفر دون الموت قال
والقصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا ويقتل الحر
بالحر والحر بالعبد والمسلم بالذمي ولا يقتل بالمستامن وقد دل على هذه الجملة
قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقال تعالى وكتبنا عليهم
فيها ان النفس بالنفس الاية وهو عام وقال تعالى كتب عليكم القصاص الاية واختلفوا
في قتل الحر بالعبد فقال اصحابنا يقتل به وقال الشافعي لا يقتل به لنا قوله تعالى
ومن قتل مظلوما الاية وهو عام ولان المماثلة لا يعتبر في الانفس بدليل انه يقتل
البصير بالاعمى والصحيح بالاشل وانما المعتبر المماثلة في حقن الدم والحر والعبد
يتساويان في حقن الدم على التابيد فان قيل قال الله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد
هذا التخصيص يدل على انه لا يجوز قتل الحر بالعبد قيل له الاية يدل على
القصاص بين الحرين وبين العبدين ولا تنفي ما سوى ذلك وفايدة
التخصيص ان الاية نزلت على سبب وهو ان بني النظير كانوا اشرف من بني

قريظة فتصالحوا على ان يقتل بالعبد من بني النظير الحر من بني قريظة
ويقتل بالحر من بني قريظة العبد من بني النظير فانزل الله تعالى ما ابطل
هذا الصلح بين ذلك لانه قال والانثى بالانثى ولم يمنع ذلك من ثبوت القصا
ص بين الذكر والانثى كذلك هذا واما قتل المسلم بالذمي فقال اصحابنا يجب
القصاص على المسلم بقتل الذمي الذي يودي الجزية ويجري عليه حكم الاسلام و
قال الشافعي لا يجب لنا ما روي ان النبي عليه السلام اقاد مسلما بذمي وقال انا احق
من وفى بذمته وروي ان مسلما قتل ذميا فقضى علي رضي الله عنه فيه بالقصاص ثم
لقي الولي فقال ما صنعت قال اني رايت ان قتله لا يرد اخي وبذلوا لي المال فقال لعلهم
خوفوك انما اعطيناهم الامان ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وعن عمر
مثله ولان من قتله جاز استيفا القصاص فيه بقتل الكافر جاز ايجاب القصاص
عليه ابتدا بقتل الكافر اصله الكافر فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال لا يقتل مومن
بكافر ولا ذو عهد في عهده قيل له حرف العطف اذا عطف مفردا على مفرد فهو بمنزلة حرف
التثنية الدليل عليه قول الشاعر كان بين فكها والفك اي كان بين فكيها فعلى
هذا تقديره لا يقتل مومنا ولا ذو عهد في عهده بكافر واكثر ما فيه انه فصل
بين ما اسند اليه الفعل وما عطف عليه وهذا شايع في العربية كقوله تعالى آمن
الرسول الاية ومثله كثير واذا كان كذلك قلنا الكافر الذي لا يقتل به المعاهد هو
من لا عهد له وذلك لا يقتل به المسلم عندنا فان قيل منقوض بالكفر فاذا قتله
مسلم لم يجب عليه القود كالمستامن قيل له المستامن من غير محقون
الدم على التابيد والذمي محقون الدم على التابيد بدليل انه لا تحل دمه الا بمعنى

وجد من جهته كما لا يباح دم المسلم الا بحدوث معنى فيه فلذلك اختلفا قال
ولا يقتل المسلم بالمستأمن وذلك لانه غير محقون الدم على التابيد وانما حقن دمه موقت
الى ان المدة اذا مضت اخرجناه ولا يمكنه من المقام فاذا وصله الى مامنه
صار مباح الدم والمسلم محقون الدم على التابيد والمعتبر في وجوب القصاص
التساوي في حقن الدم ولم يوجد قال ش ويقتل الرجل بالمراة والكبير
بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وذلك لقوله تعالى النفس بالنفس
وهذا اجماع الا ما روي عن علي انه قال في الرجل اذا قتل المراة ان اولياها
بالخيار ان شاوا اخذوا ديتها وان شاوا اعطوا القاتل نصف ديته وقتلوه
وهذا لا يصح لان الفعل الواحد لا يتعلق به قصاص وغرم في النفس الواحدة
ولان اختلافهما كاختلاف الاعمى والبصير والصحيح والزمن وذلك لا يمنع
القصاص بالاتفاق كذلك هذا قال ش ولا يقتل الرجل بابنه ولا بعبده ولا مكا
تبه ولا مدبره ولا بعبد ولده • وانما لا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد والد
بولده ولانه في حكم الجزء منه فلا يثبت على الانسان قصاص باتلافه لجزايه
ويقتل الابن بابيه لانه لم يوصل في حكم منه فصار كالاجنبي • وانما لا يجب القصاص
عليه بقتل عبده لانه لو ثبت ثبت المولى لانه هو المستحق لحقوق عبده والمولى
لا يجوز ان يثبت له قصاص على نفسه ولانه ماله ومن اتلف مال نفسه لم يلزمه
الضمان واذا خرج من ان يكون مضمونا فيه القصاص • واما المدبر والمكاتب
فهما ملكه رق فهو كالعبد • واما عبد ولده فلان مال ولده جعل بمنزلة ماله
ونشبة في سقوط القصاص عنه قال ش ومن ورث قصاصا على ابيه سقط

وذلك لما بيناه انه في حكم الجزء منه فصار قصاصا ثابت له فيسقط على نفسه
قال ش ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل
فان مات والا قتل لنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا قود الا بالسيف ولانه
قصاص فلا يستوفى الا بالسيف اصله اذا قتل بالسيف فان قيل قال الله تعالى
كتب عليكم القصاص وهو المماثلة قيل له المماثلة يعتبر في المتلف لا في الالة وهم
يعتبرون في الالة وذلك لا يصح ولان ما يقولونه يودي الى ايجاب اكثر من المثل
لانهم يقولون اذا ضربه بخشبة عظيمة فمات ضرب بها فان مات والا قتل
وهذا زيادة على ما فعله قال ش واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث
الا المولى فله القصاص يعني اذا لم يترك وفا وذلك لان الولاية في حال الجراحة
للمولى وهو المستحق للقصاص في حال الموت لان الكتابة قد انفسخت بالعجز
ومن ثبت له الحق في الطرفين فله القصاص اصله وارث الحر • وقد قالوا
في العبد المعتق بعضه اذا قتل لا قصاص للمولى والفرق بينهما ان الكتابة
تنفسخ بعجزه فيعود الى ملكه ما علق عليه من الرق فيكون القصاص للمولى والمعتق
بعضه لا يبطل ما له من الحرية بعجزه عن السعاية فلا يعود الى حال الرق •
قال ش وان ترك وفا ووارثه غير المولى فلا قصاص لهم وان اجتمعوا مع
المولى وذلك لان الحق ثبت للمولى بالجراحة لمفارقته فيه وثبت للوارث عند الموت
والمعتبر في ثبوت القصاص ثبوت حق المقتص في الطرفين فصار هذا اصلا في
من جرح عبده وباعه فمات في يد المشتري لم يكن له القصاص لما ذكرنا كذلك
هذا واما اذا ترك وفا ووارثه المولى فذكر في الجامع الصغير ان للمولى القصاص

عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا قصاص ايضا عند محمد وزفر وقد روي عن ابي يوسف ايضا انه
لا قصاص له وجه قول ابي حنيفة ان المولى له حق عند الجراحة لانه مالك ملكه وهو
المستحق ايضا عند الموت فلما تعلق حقه بالطرفين ثبت له القصاص كوارث
المجروح ووجه قولهما ان حقوق المولى تثبت حال الجرح بحكم الملك وبعد الموت بحكم
الميراث فصار اختلاف جهة الحق كاختلاف المستحق فلا يثبت القصاص
قال ش واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن
وذلك لان المرتهن ليس له القصاص لانه غير مالك للعبد وانما الراهن ففي استيفا
القصاص اسقاط حق المرتهن من الدين وللمرتهن منعه فاذا اجتمعا
ورضيا فقد اسقط المرتهن حقه فصار كعبد غير مرهون ويستوفي المولى
القصاص قال ش ومن جرح رجلا عمدا ولم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القصاص وذلك لما روي ان رجلا جرح حسان بن ثابت في فخذه بقرن
فطالبت الانصار القصاص فقال النبي عليه السلام انتظروا بصاحبكم فان مات فا
قتلوه وان برئ فشانكم ولان المقتول في الغالب انما يموت عقيب الجرح الا انه لما
كان الجرح سبب يتعلق به الموت ولم يوجد ما يبطل حكمه في الظاهر فصار
كان الموت حصل عقيبه كذلك في مسئلتنا ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل
فقطعت يده والاصل في ثبوت القصاص فيما دون النفس قوله تعالى النفس بالنفس
والعين بالعين الى قوله والجروح قصاص فاقتضت الاية ثبوت القصاص فيما دون
النفس وان وجد كل شي بمثله والدليل على اعتبار المماثلة ايضا اجماع المسلمين
انه لا يقطع الصحيحة بالشلا ولان القصاص فيما دون النفس اجري مجرى الا

موال بدليل انه يوجد عمدا محضا لا شبهة فيه ولا يثبت فيه القصاص كمن قطع يد
رجل من نصف الساعد واذا جرى مجرى الاموال اعتبر فيه المماثلة ثبت هذا
ما قلنا اذا قطع يده من المفصل وجب القصاص لانه يمكن فيه المماثلة وهو القطع
من مفصل القاطع فلزم قال ش وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن وذلك
لانه يمكن المماثلة في جميع ذلك فوجب به القصاص قال ش ومن ضرب
عين رجل فقلعها فلا قصاص وذلك لان المماثلة قد تعذرت الا ترى انه لا
يمكننا ان نقلع القدر الذي قلع وان اقتصصنا عاد هاضوها فلم يفعل ما فعل
الجاني فصار كقطع اليد من نصف الساعد فيسقط القصاص لتعذر المماثلة
قال ش وان كانت قائمة وذهب ضوها فعليه القصاص تحمى له المراة وتجعل
على وجهه قطنا رطبا وتقابل عينه بالمراة وذلك لان المماثلة تمكن في هذا الو
جه على الوجه الذي ذكر وهذا امر حدث مثله في زمان عثمان فسال عنه
الصحابة فلم يكن فيه عندهم شيا حتى جا علي كرم الله وجهه فقضى بذلك و
عمل بذلك عثمان من غير نكير قال ش وفي السن القصاص وذلك لقوله تعالى
السن بالسن قال ش وفي كل شجة يمكن فيها المماثلة القصاص لقوله تعالى
والجروح قصاص ولانه اذا امكن المماثلة في القدر وفي مثل موضع الشجة من الشجاج
لزم القصاص كقطع اليد من المفصل قال ش ولا قصاص في عظم الا في السن
كذلك روي عن ابن مسعود وعمر انهما قالا لا قصاص في عظم الا في السن ولان الذ
لزم ما ثبوت القصاص في السن فقد دل عليه الاية وايضا ما روي ان الربيع عمة
انس بن النضر كسرت سن جارية فامر النبي عليه السلام بكسر سنها فقال انس بن النضر

الكمسر سن الربيع بسن الجارية فقال النبي عليه السلم كتاب الله القصاص فقال والذي
بعثك بالحق نبيا لا يكسر سن الربيع فقال عليه السلم ان لله تعالى عبادا لو اقسموا عليه
لابر قسمهم انس منهم بن النضر قال ش وليس فيما دون النفس شبه العمد
انما هو عمد وخطا وذلك لما بينا ان شبه العمد انما هو عمد وخطا وذلك لما بينا
ان شبه العمد انما يعود الى الالة والقتل يختلف باختلاف الالة فاما دون النفس
فلا يختلف اتلافه باختلاف الالة فبقي القتل نفسه فاختلف بالعمد والخطا
قال ش ولا قصاص بين الرجل والمراة فيما دون النفس وقال الشافعي يجري
بينهما لنا انهما عضوان اختلف ارشهما فلا يستوي في الاكمل بالانقص اصله
اليد الشلا واليد الصحيحة فان قيل كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس
جرى بينهما القصاص في الاطراف السليمة كالرجلين الحرين قيل له الانفس
لا يعتبر فيها المماثلة والاطراف يعتبر فيها المماثلة فاذا اختلف ارش
اليدين عدمت المماثلة فلم يجب القصاص قال ش ولا بين الحر والعبد ولا
بين العبدين وذلك لانهما عضوان اختلف ارشهما فصار كالصحيح والاشل
وقد قال الشافعي يجري القصاص بين العبدين في الاطراف والكلام فيه مثل
الكلام في مسلة الرجل والمراة قال ش ويجب القصاص في الاطراف بين
المسلم والكافر وذلك لان ارشهما متساويان فصار كالحرين المسلمين
قال ش ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جايفة فبرا منها
فلا قصاص عليه وذلك لانه لا يمكن المماثلة فيه وتعذر المماثلة يسقط القصا
ص قال ش واذا كانت يد المقطوعة صحيحة ويد القاطع شلا او نا

فالمقطوع
قصة الاصابع بالخيار ان شا قطع يد المعيبة لا شي له غيرها وان شا اخذ
الارش كاملا وذلك لان المقطوع لا يقدر على استيفا حقه من جنسه بكماله
فكان بالخيار بين اخذ المثل مع العيب او الانتقال الى العوض اصله المتلفات
وقد قال الشافعي اذا كان يد القاطع لها اربع اصابع فله ان يقطعه يده و
ياخذ ارش اصبعه وهذا لا يصح لان حقه ما نقص فاذا اختار اخذه لم يكن له
مع ارشه اصله اذا كانت يد القاطع شلا فان قيل الاصابع مقصودة
بالقصاص وكل طرف مقصود بالقصاص اذا وجب فيه عند وجوده وجب
الارش عند عدمه اصله اذا قطع اصبعين والقاطع اصبع واحدة قيل
له لا نسلم ان الاصابع مقصودة بالقصاص واذا ثبت القصاص في الكف بيد
دليل انه ليس له افرادها باتلاف كما ان ليس تثبت له القصاص في النفس ليس
افرادا اليد باتلاف والمعنى في قاطع الاصبعين ان القصاص ثبت له في كل
اصبع على حيالها فاذا عدمت احديهما وجب ارشها وفي مسلتنا لم يثبت
له حق في الاصابع نفسها وانما ثبت له اتلاف الجملة وبتلف الاصابع بتلفها
فهي صفة في حقه فصار كالشلل قال ش ومن شج رجلا فاستوعبت
ما بين قرنيه وهو لا يستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شا
اقتص بمقدار شجته يبتدي من اي الجانبين شا وان شا اخذ الارش وحكي
عن محمد بن العباس الرازي ان له ان يستوفي ما بين قرني الشاج وان كانت
اوسع لان هذا اصغر في العضو فصار كاليد الصغيرة بالكبيرة وهذا
الذي ذكره لا يصح لان القصاص انما ثبت في الشجة لاجل التلف الذي يتعلق

بها لاجل المنفعة بدليل انها لو بدت وعاد الشعر عليها سقط الضمان
معلوم ان الشجة كلما ازدادت كان اكثر للشين فمتى لم يتمكن المشجوج من الحاق
الشين على الوجه الذي لحقه صار ذلك عيبا في المحل الذي يتعلق به فصار
كاليد الناقصة الاصابع وان شا استوفى ذلك ومع العيب وان شا عدل
الى الارش ولا يشبه هذا اليد الصغيرة والكبيرة لان المقصود من اليد
المنفعة ومنفعة اليد الصغيرة كمنفعة اليد الكبيرة ولذلك وجب القصا
ص وانما كان له ان يبتدي من اي الجانبين شا لان حقه ثبت في كل واحد منهما
فكان الخيار اليه واما اذا كانت الشجة يستوعب ما بين قرني الشاج ويزيد
فالمشجوج بالخيار ان شا اخذ ما بين قرني الشاج من غير زيادة وان شا اخذ
الارش وذلك لا يطول الشجة فيه فضل شين وقد تعذر استيفاوه ولو فوته
في غير الموضع الذي خرج فان شا المشجوج ان يستوفي ذلك من غير زيادة
وان شا عدل الى الارش قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر اذا قطع
الا ان يقطع الحشفة هكذي ذكر محمد في الاصل وذلك لان كل واحد من اللسان
والذكر ينقبض وينبسط فلا يمكن فيه المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة يسقط
فيه القصاص وقد روي عن ابي يوسف اذا قطع اللسان والذكر من اصله وجب
القصاص لان قطعه على هذه الصفة يمكن فيه المماثلة فوجب القصاص فاما
اذا قطع الحشفة فالقصاص واجب لا شبهة فيه لان هناك مفصل يمكن القطع
فيه فهو كساير المفاصل الذي يمكن فيها المماثلة قال واذا اصطلح
القاتل واوليا المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان

او كثيرا وذلك لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي فاتباع بالمعروف ولما روي عن
النبي عليه السلم انه قال من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا
اخذوا الدية واما قوله قليلا كان او كثيرا فلانه اسقاط حق على مال والحقوق
الذي يجوز اسقاطها بعوض لا يتقدر العوض اصله رد بالعيب اذا سقط على مال
قال فان عفى احد الشركا من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين
من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والاصل في ذلك ما روي ان دما بين شر
يكين عفا احدهما فاستشار عمر ابن مسعود فقال اني ارى هذا ولا يملك الاخر
ان يحيي ما احياه هذا فعمل عمر على قوله وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير
نكير ولانه حق مشترك فملك كل واحد من الشريكين اسقاط حقه عن نصيبه
كما يملك اذا انفرد به اصله الدين واذا ثبت ان العفو يصح سقط نصيب
العافي من الدم وصار نصيب الاخر لا يمكن استيفاوه ودم العمد اذا تعذر
استيفاوه انتقل مالا اصله من قطع يد رجل من نصف الساعد واذا تعذر
استيفا نصيب الاخر انتقل الى الدية ولا شي للعافي من ذلك لانه اسقط حقه عن
الاصل فلا يثبت في البدل قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص
من جميعهم وذلك لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا
ولم يفصل ولما روي ان رجلا قتله سبعة نفر فقتلهم عمر بن الخطاب
به وقال لو تمالى عليه اهل صنعا لقتلتهم به وهذا بحضرة الصحابة من غير
نكير ولان خروج النفس هو الذي يتعلق به القصاص وذلك لا يتبعض فصار كل واحد
منهم كالمنفرد بالاتلاف فيلزمه القصاص قال واذا قتل

جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شي لهم غير ذلك فان حضر
واحد قتل به وسقط حق الباقين وقال الشافعي ان حضروا قتل بالاول فان
عرف وكان لكل واحد من الباقي دية فان لم يعلم الاول اقرع الامام بينهم فقتله
لمن خرجت قرعته ووجب لكل واحد من الاخرين دية وهذه المسالة فرع
على اصلين احدهما ان موجب قتل العمد القود خاصة فاذا تلف محل تعذر استيفا
الحق فسقط وعند الشافعي موجبه المال او القصاص فاذا قتل محل سقط
القصاص وبقي البدل الاخر والاصل الاخر ان من وجب عليه القصاص اذا مات
سقط القصاص وعنده تجب الديه والدليل على انه لا يقتل لواحد ان حقوقهم
تعلقت بالعين باسباب متساوية فوجب ان يتساووا في الاستيفا اصله
العفو ولان الجماعة اذا قتلوا واحدا قتلوا به فلما كانت الجماعة الزياده العدد
مثلا للواحد كان الواحد مماثلا لهم ايضا لان ما ماثل الشي ولا بد ان يكون ذلك
الشي ايضا مماثلا له فلا يلزم الابن ايضا لان الابن يقتل بابيه والعبد بمولاه
وهما لا يقتلان لان هذا يوكد ما قلنا لان الادنى ماثل الاعلى والاعلى لم يماثل
الادنى فاذا كان في مسئلتنا الاعلى يستوفي بالادنى فاولى ان يستوفي الادنى
بالاعلى فان قيل اذا قتله احد الاوليا سقط حق الباقين فوجب ان ينتقل الى
الديه اصله اذا عفى احدهما قيل له هذا الاعتبار فاسد بدليل انه العبد
القاتل اذا عفي عنه احد الوليين انتقل نصيب الاخر مالا ولو قتله سقط
حق الباقين ولان احدهما اذا عفا لحق الاخر قد سلم للقاتل فجاز ان ينقل
عليه قال ش ومن وجب عليه القصاص فمات سقط القصاص وقال

الشافعي يجب في ماله الدية لنا ان من وجب عليه القصاص لا يستوفي المال
بعد موته كالعبد اذا مات ولان الضمان يجب بدلا كما هو مضمون على الانسان
كما نقول في الغصب ونفسه غير مضمونة عليه فلا يلزمه بدلها كما لو ضمان فان
قيل سقط القصاص بغير رضا المولى فوجب ان ياخذ المال اصله اذا عفى احد
قيل له هناك سلمت النفس للقاتل فوجب ان يلزمه ضمان عوضها وها هنا لم
تسلم له فلم يجز ان يلزمه عوضه قال ش واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا
قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي اذا لم يتميز فعل
احدهما من فعل الاخر فوجب القصاص عليهما لنا ان الاطراف يتبعض في الا
تلاف فاذا اشترك الجماعة في اتلافه لم يضمن كل واحد جميعه في حق الادمي
اصله الاموال ولانه لو وجب عليهما القصاص بطرف واحد منهما استوفى
اذا تميز فعلهما او لا يتميز كالمشتركين في اتلاف النفس فان قيل كل قصاص
وجب للواحد على الواحد جاز ان يجب على الجماعة للواحد كالقصاص في النفس
قيل له النفس لا يتبعض في الاتلاف فصار كل واحد كالمستوفي لجميعها وها
هنا بخلافه فاذا ثبت انه لا قصاص لزمهما الارش وهو نصف الدية قال ش
وان قطع واحد يمين رجلين فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقسمانها
نصفين فان حضر واحد منهما فقطع به فللاخر نصف الدية قال الشافعي اذا
حضرا قطعت لاولهما وقضى للثاني بنصف الديه وان احضر احدهما اقتص له
وقضى له بالباقي بالدية لنا ان حقهم تعلق بالعين باسباب متساوية فلا يقدم
احدهم في الاستيفا اصله الشفعا فان قيل حق الاول متعلق تاكيد فمنع من تعلق حق الثاني

اصله الرهن قيل له حق الثاني متعلق تاكيد باتفاق بدليل انه لو قطعها او وقع عن حقه فان
عفى الاول ثبت الحق الثاني فلو لم يكن القصاص وجب له بنفس الجناية لم يجز ان يثبت
في الثاني فاذا ثبت ان يقطع لهما قلنا ويقضي لهما بنصف الدية بينهما وذلك ما دون النفس
يعتبر فيه المماثلة وهو ايضا مما يتبعض وكل واحد منهما استوفى بعض حقه وصار
الجاني في حكم الغاصب في حق كل واحد منهما لانه قضى ببعض حق كل واحد منهما حقا عليه
من طريق الحكم نصفه الاخر ولا يشبه هذا اذا قتل رجلين فقتل لهما لان النفس لا يعتبر
فيها المماثلة ولان اتلاف الروح لا يتبعض فصار كل واحد مستوفيا لجميعه من طريق
الحكم ثم يتوله حتى ياخذ عوضه فاما اذا حضر احدهما فله ان يقتص لان كل واحد منهما
ثابت في جميع اليد وانما يسقط حقه عن بعضها بالمزاحمة فاذا غاب احدهما ولا
مزاحم للحاضر فلا يسقط حقه لاجل الغايب مع جواز ان يحضر فيطالب الجناية
او لا يطالب و يكون للاخر الغايب نصف الدية لان القاضي لما قضى بها للاول لم يجز له
ان يسقط حق الثاني فانتقل الى العوض **قال** واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه
القود وقال زفر لا يصح اقراره لنا ان العبد انما لا ينفذ اقراره لما يلحقه من التهمة في حق مولاه
وهو غير متهم في غير الاقرار بما يوجب العقوبة على نفسه فيقبل اقراره كالحر وجه قول زفر
ان اقراره يتعلق باتلاف مال المولى فلا يصح كما لو اقر بدين وهذا الذي ذكره يبطل به اذا اقر
فانه يقبل مع وجود المعنى الذي ذكره **قال** ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه
الى اخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته اما الاول فقد قصده بالرمي
فاذا اصابه لزمه القصاص كما لو انفرد بالرمي واما الثاني فقد ملكه برميه لكنه لم يقصد
فصار كمن قصد رمي صيد فاصاب رجلا فانه يلزمه الدية لانه احد نوعي قتل الخطا والله اعلم

كتاب الديات

قال رحمه الله اذا قتل رجل رجلا شبه عمد فعلى عاقلته دية مغلظة وعليه كفارة وقد بينا ذلك **قال**
ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت
مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون
جذعة وهذا الذي ذكره قول ابن مسعود وعن علي رضي الله عنه ثلثة وثلثون حقة
وثلثة وثلثون جذعة واربع وثلثون خلفة في بطونها اولادها وعن عمر وزيد ثلثون
حقة وثلثون جذعة واربعون ما بين ثنية الى بازل عامها كلها خلفة في بطونها
اولادها وهو قول الشافعي وجه قولهما ما روي في حديث عمرو بن حزم في
النفس مائة من الابل فظاهره يقتضي ادنى ما يتناوله الاسم وروى الزهري عن
السائب بن يزيد ان الدية كانت على عهد النبي عليه السلام ارباعا على ما ذكرناه ومعلوم
انه لا يجب في دية الخطا فلم يبق الا ان يكون في دية شبه العمد ولانه بدل عن النفس
فكانت الاسنان فيه متساوية اصله دية الخطا فان قيل في حديث ابن عمر ان النبي
عليه السلام قال الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل منها اربعون
خلفة في بطونها اولادها قيل له هذا الخبر غير ثابت بدليل ان الصحابة اختلفت
في تقديرها فلو كان الخبر اصلا لم يجز لاحد منهم ان يخالفه ولان هذا الخبر ان ثبت
فهو معارض بقول ابن مسعود لانه قال ما قال الا توقيفا الا ترى ان التوقيف ان لا
مدخل للقياس فيها فلا بد ان يكون عرف ذلك من جهة التوقيف فاذا تعارض الخبر
ان كان الاخذ بالمستيقن اولى ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة فان قضى بالدية
من غير الابل لم تغلظ لان التغليظ تقدير والتقدير لا يثبت الا من جهة التوقيف

ولم يرو عن النبي عليه السلام ولا عن احد من الصحابة انه غلظ الدية في غير الابل قال ش
ومن قتل خطا وجبت الدية على العاقلة والكفارة عن القاتل وقود للناس فيها تذكر فيما تقدم
قال والدية في الخطا مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض
وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وقال الشافعي عشرون
ابن لبون بدلا من ابن مخاض لنا ما روي خشف بن مالك عن ابن مسعود ان
النبي عليه السلام قال في دية الخطا عشرون ابنة مخاض وعشرون ابن مخاض
ابن لبون يقوم مقام غيره في الاسنان فلم يقم اسنان الابل في الدية كالثنايا
قيل روي ان النبي عليه السلام ودى قتيل الانصار مائة من ابل الصدقة وليس في ابل الصدقة
ابن مخاض قيل له يجوز ان يكون فيها ابن مخاض على احد وجه القيمة ولانه
عليه السلام ودى ما لا يجب عليه فاذا تبرع بالاصل لاصلاح ذات البين جاز ان يتبرع بزيادة
شيء على الواجب فان قيل روي ابن مسعود ان النبي عليه السلام قضى في دية الخطا
ابن لبون قيل له قد روي عنه مثل قولنا وهو قوله ايضا فتعارضا قال ش
ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي على القول الذي
يقول انها مقدرة هي اثنا عشر الف درهم لنا ما روي ان رجلا قطع يد رجل على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى النبي عليه السلام خمسة الاف درهم وعن عبيدة السلماني
ان عمر جعل على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف فان قيل روي
ابن عباس ان رجلا قتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل ديته اثنا عشر الف درهم
قيل له هذا معارض بما رويناه واذا تعارضت الروايتان اسا المتيقن او يحتمل
ما روي من اثنا عشر الفا على وزن ستة وما روي من عشرة على وزن سبعة فجمع

منهما وقد نقل وجود هذين الوزنين ولم ينقل ما فوق ذلك لان عمرو بن شبة
ذكر في كتاب البصرة ان اول من قضى بالدراهم بالعراق زياد فقضى بالبصرة بعشرة
الاف وكانت وزن سبعة وقضى بالكوفة اثنا عشر الفا وكانت وزن ستة فصح
تاويلنا بهذه الرواية وقد اختلفوا في الورق والذهب هل هو اصل في الدية
او بدل عنها فقال ابو بكر الرازي كل نوع دية بنفسه وقال غيره من اصحابنا الاصل
الابل والاثمان بدل عنها الا انه بدل مقدر بالشرع لا يجوز الزيادة عليها ولا
النقصان منها وقال الشافعي الدية مائة من الابل لا يجوز العدول عنها الى غيرها
مع القدرة عليها فان اعوزت ففيه قولان قال في القديم يعدل الى احد الامرين
اما الف دينار واما اثنا عشر الف درهم وقال في الجديد يعدل الى قيمتها حين القبض
زايدة وناقصة لنا ما روي ابن عباس ان النبي عليه السلام قضى بالدية في الخطا اثنا عشر
الف درهم وفي حديث ابن المسيب ان النبي عليه السلام قال الدية كانت في عهده الف
دينار وعن ابي بكر انه قال لعايشة تصدقي باثنا عشر الف درهم دية الحر المسلم فهذا
دليل على التقدير ولان الاثمان اذا وجبت بسبب المتلف كانت بدلا عن اصله سائر
المتلفات فان قيل قال النبي عليه السلام في النفس مائة من الابل قيل له هذا يدل على ان
الابل ثابتة في النفس وحكم غيرها موقوف على الدلالة وانما لم يتبين لهم النبي عليه السلام
غير ذلك من الانواع لان اموال القوم كانت الابل فبين ما يسهل عليهم دفعه
فان قيل لو كانت الانواع كلها سوا لوجب ان يخير في دفع ايها شاء كالكفارات
قيل له كذلك نقول الخيار للقاتل قال ش ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع
الثلثة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد من البقر مايتا بقرة ومن الغنم الفا شاة

الدية ولانه فوت عليه الجمال الكامل فلزمته الدية اصله اذا قطع الاذن الشاخصة والدليل
على ان في اللحية جمالا ما روي ان النبي عليه السلام قال من تسبيح الملايكة سبحان من زين الرجال
باللحى والنساء بالقرون والدليل على ان ذهاب الجمال يوجب الدية ما ذكر المبرد في كتاب
الكامل ان النبي عليه السلام قال وفي البصعر الدية قال ش او عوجاج الوجه فان قيل
انه ليس في اعوجاج الوجه غير تفويت الجمال فقد اوجبتم فيه الدية فان قيل
الشعر لا منفعة فيه وانما فيه زينة فصار كالعين القايمة قيل له المقصود
من العين المنفعة والجمال فيها تابع فلم يجب كمال الدية بفوات ما ليس بمقصود منها
فاما الشعر فلا يقصد به الا الجمال فبفوات المقصود منه يجوز ان يوجب فيه كمال
الدية لا يتجمل بها ولا شيء فيها وان كانت عينه متفرقة صح لان الحلق اذا حصل في
نصفها امكن ان يستره ويتجمل بالجانب الاخر وكان الهندواني يقول في اللحية انه
يجب فيها الدية اذا كانت لحية كاملة يتجمل بها فان كانت طاقات متفرقة ولا يلزم
او احلق نصف لحيته او السن فيه البرا لا يجب كمال الدية ولا يقع بها جمال كامل انما
حكومة عدل وعلى هذا احلق حاجبه واشفار عينيه فلم يثبت فيه الدية عندنا لما ذكرنا
فاما شعر الصدر وغير ذلك ففيه حكومة عدل لانه لا يقع به الجمال الكامل العدم ظهوره
في العادة ولكن في ذهابه بعض النقصان قال ش وفي العينين الدية وفي الرجلين
الدية وفي الشفتين الدية وفي الانثيين الدية وفي ثديي المراة الدية وفي كل واحد من هذه
الاشيا نصف الدية والاصل في ذلك ما روي في حديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام
قال وفي العينين الدية وفي الاذنين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الا
نثيين الدية وفي الشفتين الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وروي في الكتاب الذي

كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي النفس الدية وفي الانف الدية وفي اللسان الدية
وفي العينين الدية وفي احديهما نصف الدية وفي ثديي المراة الدية ثلاث في البدن منه
اثنان فيجب فيهما الدية كاليدين وفي احدهما نصف الدية على الخبر قال ش وفي
اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية وذلك لان الاشفار اربعة لا نظير
لجملتها في البدن فاذا قطع جميعها وجبت الدية كاليدين ثم تنقسم الدية على عددها
فيجب في كل واحد ربع الدية كما انقسمت على العينين فوجب في كل واحد نصف
الدية قال ش وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية وذلك
لما روي عن النبي عليه السلام انه قال في كل اصبع عشرة من الابل قال ش والاصابع
كلها سوا لظاهر الخبر ولما روي عن ابن عباس انه قال هذه وهذه سواء يعني
الا الخنصر والابهام قال ش وفي كل اصبع منها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث
دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهذا جار على
الاصل الذي قدمناه ان الدية ينقسم على عدد ما في البدن من الاعضا التي لا نظير
لها فعلى هذا ينقسم ما في اليد الواحدة وهو نصف الدية على ما فيها من الاصابع
ثم ينقسم ما يجب في كل اصبع على ما فيها من المفاصل اعتبارا باليدين والرجلين
في انقسامها على الاصابع قال ش وفي كل سن خمس من الابل كذلك روي عن
النبي عليه السلام قال والاسنان والاضراس كلها سوا لظاهر الخبر قال ومن ضرب عضوا
فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كما لو قطعه كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب
ضوؤها وذلك لما قدمنا ان زوال منفعة العضو كذهاب العضو فيجب ما فيها
يجب في العضو لو ذهب قال ش والشجاج عشرة الحارصة والدا
معة

ومن الحلل ما يتاحله كل حلة ثوبان وجه قول ابي حنيفة قوله عليه السلم في النفس مائة من الابل ظاهره يقتضي ان لا يجب ما سوى الابل الا ما دل عليه الدليل ولان البقر والغنم حيوان لا يغلظ في شبه العمد فلا يكون اصلا في الدية بنفسه كسائر الحيوان ه وجه قولهما ان عمر قضى بالدية في ستة اصناف من الدراهم بعشرة الاف درهم ومن الذهب بالف دينار ومن الابل بمائة ومن البقر مائتي بقرة ومن الشاة بالفي شاة ومن الحلل بمائتي حلة وكان بحضرة الصحابة من غير خلاف قال ش ودية المسلم والذمي سوا وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني اربعة الاف ودية المجوسي ثمانمائة الف لنا ما روى ابن عباس ان مستامنين دخلا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فكساهما وحملهما فلما خرجا من عنده لقيهما عمرو بن امية الضمري فقتلهما ولم يعلم بانهما مستامنين فوداهما رسول الله بدية حرين مسلمين وعن النبي عليه السلم انه قال دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر ولان هذا التقدير لو اثر في بدل النفس لاثر في استيفائه الدليل عليه فان قيل روي ان النبي عليه السلم قضى ان دية اليهودي والنصراني اربعة الاف قيل له هذا خبر لا يعرف ولم يذكر في كتاب من كتب اصحاب الحديث وانما اضافوه الى بعض حديث سعد الحديدي وليس بحجة وكل شي يروى عن الصحابة في ذلك فهو معارض بما روي عن علي انه قال انما اعطيناهم الامان ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا فان قيل احد بدلي النفس فلا يتساوى كذمي مستامن والمسلم اصله القصاص قيل له اختلاف الشخص في القصاص لا يدل على اختلاف دينهما كالاب والابن ولا يتساويان في القصاص ولا يختلف دينهما

وكالرجل والمراة على ان المستامن فيه معنى الاباحة فمعنى الاباحة اثر في دمه لان دمه يسقط بالشبهة ولم يؤثر في الدية الا ما لا يسقط قال ش وفي السن الدية وفي الاذن الدية وفي اللسان دية وفي الذكر الدية والاصل في ذلك ما روى سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الانف الدية وفي المارن الدية وكذلك هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله لعمرو بن حزم فاما وجوب الدية في قطع المارن بانفراده فلخبر ولان المقصود بالانف الجمال والمنفعة وذلك يذهب بقطع المارن الا ترى انه يجتمع له الشم وقد قالوا اذا قطع حشفة الذكر وجبت الدية كاملة لا يوجد بها يبطل منفعة العضو وهو الانزال وبطلان منفعة العضو كبطلان العضو وكذلك ايضا يعتبر في قطع اللسان اذا قطع منه ما يذهب الكلام وجبت الدية قال ش وفي العقل اذا ضرب راسه فذهب عقله الدية والاصل في ذلك ما روي ان عمر بن الخطاب قضى في رجل واحد باربع ديات ضرب على راسه فذهب عقله وكلامه وبصره وذكره ولان العقل يبطل بفواته منفعة جميع الاعضا الا ترى ان افعال المجنون قد اجريت مجرى افعال البهائم فصار من هذا الوجه كاتلاف الشخص فيجب الدية وعلى هذا ان ذهب سمعه او شمه او ذوقه لان كل واحد من ذلك منفعة كاملة ليس لها نظير في البدن فيجب بها الدية كالعقل قال ش وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية وفي شعر الراس الدية وقال الشافعي فيه حكومة لنا ما روي عن علي انه قضى في شعر الراس بالدية ولا يعرف له مخالف وعن سعيد بن المسيب في الحاجبين وفي احدهما نصف

والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق والموضحة والهاشمة والمنقلة والامة ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا ولا قصاص في بقية الشجاج اما وجوب القصاص في الموضحة فلانه يمكن فيها المماثلة وهو ان ينتهي السكين الى العظم وما يمكن فيه المماثلة يجب فيه القصاص كقطع اليد من المفصل فاما بقية الشجاج التي هي فوق الموضحة فلا يمكن استيفا المماثلة فيها الا بما نقص من صفاتها وما لا تمكن فيه المماثلة لا يثبت فيه القصاص ولا خلاف في هذه الجملة بين اصحابنا وقد ذكر محمد في الاصل ان ما دون الموضحة القصاص وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال لا قصاص الا في الموضحة وجه قول رواية الحسن ان ما دون الموضحة لا حد له ينتهي السكين اليه فلا يمكن استيفا المماثلة فلم يجب فيه القصاص وجه ما ذكره في الاصل انه يمكن تقدير غور الجرح بمقدار ويعمل حديدة على قدره وينفذ في اللحم بقدرها واذا امكن المماثلة وجب القصاص قال ش وما دون الموضحة ففيه حكومة عدل وروي مثل ذلك عن عمر بن عبد العزيز انه قال ما دون الموضحة خدوش فيها حكومة عدل وكذلك عن النخعي وعن الشعبي فيها اجرة الطبيب ولانه لم يرد في الشرع لها ارش مقدر فوجب فيها ارش النقصان ه وقد اختلف اصحابنا المتاخرون في كيفية الحكومة فقال الطحاوي يقوم الحر لو كان عبدا وهو صحيح ثم يقوم به الشجة فما نقص من القيمتين يعتبر من الدية [illegible] قال لان الحر لا يمكن تقويمه والقيمة في العبد بمنزلة الدية في الحر فوجب ان ينقص من دية الحر ما نقص من دية العبد وقال ابو الحسن ذلك يعرف بالحزر والظن فلو اعتبرنا ما قاله الطحاوي لادى ذلك الى ان يجب

في قبل الشجة اكثر مما ينقص بالكثيرة وهذا لا يصح اعتباره ه فاما تفسير الشجاج فاولها الخارصة وهي التي تشق الجلد ومنه قيل القصار التوب اذا خرقه بالدق ثم الدامعة وهي التي يخرج منها مثل الدمعة ثم الدامية وهي التي يخرج منها الدم ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تذهب في اللحم اكثر مما يذهب الباضعة ثم السمحاق وهي التي تصل الى جلدة رقيقة فوق العظم وتلك جلدة تسمى سمحاق لرقتها ومن ذلك الغيم الخفيف سماحيق ثم الموضحة وهي التي توضح عن العظم ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي التي تخرج منها العظم ثم الامة وهي تصل الى ام الدماغ وهي جلدة دقيقة بين العظم والدماغ وهاهنا شجة اخرى وهي الدامغة وهي التي تخرق الجلدة وتصل الى الدماغ وانما لم يذكر الدامغة لان الانسان في الغالب لا يعيش معها فلا يدخل في جملة الشجاج ولا خلاف في هذه الجملة بين اصحابنا الا ما روي عن محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي تتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه اولى من ترتيب الشجاج هو الذي ذكره ابو يوسف في الاصل وهذا الاختلاف لا يعود الى معنى وانما هو اختلاف عبارة الا ترى ان محمدا لا يمنع ان يكون الشجة التي ذهبت في اللحم اكثر فيزيد ارشها وكذلك ابو يوسف لا يمنع التي قبل الباضعة اقل منها فيقل ارشها ه وقد قال ش اصحابنا ان هذه الشجاج تختص بالوجه والراس ولا يكون في موضع اخر من البدن لان العرب تسمي ما كان في الراس والوجه شجة وما كان غير ذلك من البدن جراحة فهذا من جهة اللغة ومن جهة الحكم ايضا فهذه الشجاج انما يثبت

لها هذا الحكم لاجل الشين الذي يلحق بقا اثرها بين ذلك انها لو ترات ولم يبق لها اثر لم
تجب فيها ارش واذا تعلق حكمها بالشين اختص بما يظهر من البدن من الغالب
فاما ما سوي الوجه والراس فلا يظهر في العادة فلا يحصل فيها من الشين ما
يحصل في الوجه والراس قال ش وفي الموضحة ان كانت خطا نصف عشر الدية
وفي الوجه الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر ونصف عشر الدية وفي الامة
ثلث الدية وذلك لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة
خمس من الابل وفي الهاشمة عشرة وفي المنقلة خمسة عشر وفي الامة
ثلث الدية قال ش وفي الجايفة ثلث الدية فان نفذت فهي جايفتان فيهما
ثلثا الدية وذلك لما روي عن النبي عليه السلام في الجايفة ثلث الدية وروي ان ابا
بكر رضي الله عنه حكم في جايفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الدية ولم يخالف ذلك احد من
الصحابة من غير نكير وقد قال ش اصحابنا ان الجايفة لا تكون الا في موضع
تصل الى الجوف كالظهر والبطن والصدر والسرة لانها سميت بذلك
لوصولها الى الجوف فاعتبروا ان تكون في موضع يصل منه الى الجوف قال ش
وفي اصابع اليد نصف الدية وان قطعها مع الكف ففيهما نصف الدية وروي
عنه عليه السلام انه قال وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية وروي عنه عليه السلام
انه قال في كل اصبع خمس من الابل فلما اوجب نصف الدية في الاصابع منفردة
فاوجبها في اليد دل على ان الكف تبعا للاصابع قال ش وان قطعها مع نصف
ساعد ففي الكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة وهذا الذي ذكره قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يتبع اصابع اليد الا الكف واصابع الرجل الا

القدم كذلك روي محمد عن ابي يوسف وروي بشر عن ابي يوسف ان ما زاد على الاصا
بع اليد والرجل فهو تبع لها الى المنكب والى الفخذ وهو قول ابن ابي ليلى وجه
قول ابي حنيفة ومحمد ان الدية تجب في الاصبع والكف تبع بدليل انه لو افرد الاصا
بع بالقطع وجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف وجب نصف الدية ولا يخلو ان
يجعل الذراع تبعا للاصابع او للكف ولا يتبع يجوز ان يجعل للاصابع فلا
يجوز لانه يفصل بينهما عضو ولا يكون تبعا لها كما لا يكون الشجة تبعا للاصابع
ولا يجوز ان يتبع الكف لانه تبع في نفسه فلا يتبعه تبع اخر وجه قول ابي يوسف
قوله عليه السلام في اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو الى المنكب
ولان ما ليس له ارش مقدر فانه اذا اتصل بما له ارش مقدر يتبعه اصله الكف
واذا ثبت من اصل ابي حنيفة انه يجب في الكف الدية وجب فيما زاد عليه حكومة
عدل لانه ليس له ارش مقدر قال ش وفي الاصبع الزايدة حكومة عدل لانه
لا منفعة فيها ولا زينة ولم يقدر لها الشرع ارش فرجع الى القيمة العدل قال ش
وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته ففيه حكومة وقال الشافعي دية كاملة
لنا ان هذه الاعضا المقصود منها المنفعة فلو لم يعلم صحتها لا يجب فيها ارش
كامل وقد يعلم ذلك في الذكر بالحركة وفي اللسان بالكلام وفي العين بما يستدل به
على النظر فمتى وجد ذلك تبينا انه عضو منفعته فلزمه كمال الارش
واذا لم يوجد ذلك لم يعلم الصحة فلم يلزمه ارش كامل بالشك فان قيل الاصل انها صحيحة
فيجب ان الحكم على الاصل قيل له هذا ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير
قال ش ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة

في الدية اما اذا ذهب عقله فلان منفعة العقل تتعلق بجميع البدن فبفواته بطل
منفعة جميع الاعضا فصار كانه اوضحه فمات فلا يجب اكثر من الدية هذا قولهم
وقال الحسن بن زياد ان الموضحة والعقل جنايتان اختلف محلهما والمقصود
بهما فلم يدخل احدهما في الاخرى كارش اليدين فاما اذا ذهب الشعر فلم ينبت فلان
ارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر الا ترى ان الشعر لو نبت سقط
الارش والدية وجبت بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل
الجزء في الجملة كمن قطع اصبع رجل فشلت يده وقد قال زفر لا يدخل في الدية
لان كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يدخل احدهما في الاخرى كسائر الجنا
يات قال ش وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة
في الدية وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد واما ابو يوسف فيما حكاه بشر
وروي عنه ابن زياد ان الشجة تدخل في الدية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر
خاصة وجه قولهما ان الشجة والسمع كل واحد منهما دون النفس ومنفعة
مختص به ولا تدخل بعضه في بعض كالاعضا المختلفة ولا يشبه العقل لان
منفعته لا تختص به بل تعود الى جميع الاعضا فهو بمنزلة الروح وجه قول
ابي يوسف ان السمع والكلام كل واحد منهما باطن فتدخل ارش الموضحة في ديته
كالعقل وليس كذلك البصر فانه ظاهر فلا يدخل فيه ارش الموضحة كاليد والرجل
قال ش ومن قطع اصبع رجل فشلت اخرى الى جنبها ففيها الارش ولا قصا
ص فيه عند ابي حنيفة والكلام في هذه المسالة يقع في موضعين احدهما ان الا
صبع الثانية لا قصاص فيها عند ابي حنيفة وابي يوسف وروي ابن سماعة عن محمد

ان فيها القصاص وجه قولهما ان قطع الاولى صار سببا في اتلاف الثانية لا على طر
يق السراية وما تلف بسبب فلا قصاص فيه اصله حفر البير انما قلنا ان هذا لم
يحصل على الطريق السراية هو ان السراية لا يثبت من عضو الى عضو وانما
يثبت من جزء الى جملة كما اذا سرت الى النفس لان الابل تتصل بالقلب فيحدث الموت
منه فصار كايقاع الجناية في النفس والطرف بخلافه وجه قول محمد ان القطع
لما حصل على طريق العمد كان ما يولد منه في حكمه في وجوب القصاص اصله
اذا سرت الى النفس واذا ثبت من اصلهما انه لا قصاص فيها وجب الارش فيهما
والموضع الاخر هو ان الاولى قد سقط القصاص فيها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد وزفر والحسن فيها القصاص وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان الجنا
ية وما تولد منها في حكم الجناية الواحدة بدليل انها اذا كانت عمدا فسرايتها
كذلك وان كانت خطا وكذلك سرايتها ولو اذن فيها سقط حكم ما تولد منها
وبما اذن فيه وقد ثبت ان سرايته يوجب المال فلا يجوز ايجاب القصاص فيها
لان الجناية الواحدة لا توجب المال والقصاص جميعا وجه قولهما ان القصاص
قد تعلق بالولي بدليل انها لو وقفت فلم تسر وجب القصاص فلم يسقط القصاص
بالجناية الثانية اصله اذا رمى الى الرجل فنفذ السهم الى الاخر والجواب ان هذا
ليس بسراية لان السراية لا يكون من نفس الى نفس وانما هذه جناية اخرى فجاز
ان ينفرد حكمها عن الاولى بين ذلك ان الرمي الاولى لو كان ماذونا فيه لم يسقط ضما
ن الثاني فدل انهما جنايتان قال ش ومن قلع سن رجل فنبتت مكانها
اخرى سقط الارش قال الشافعي في احد قوليه عليه الضمان لنا ان ضمان

السن يجب بفوات الانتفاع بها والزينة وقد عاد الفايت بكماله فلم يجب على الجاني
كما لو شجه فالتحمت وعاد الشجة وكما لو قلع بسن صبي صغير فان قيل سن الكبير
لا يعود في الغالب فاذا عادت فتلك هبة من الله تعالى فلا يسقط الضمان لمن قطع
شجرة لرجل فنبتت اخرى قيل له المعنى لان الضمان يجب باتلاف الملك لا باتلاف
الانتفاع بدليل انه لو قطع شجرة يستظل بها مالكها لزمه الضمان واتلاف
الملك حاصل وفي مسئلتنا يلزمه الضمان لفوات الانتفاع والزينة وقد عاد فلم
يبق اثر الجناية شيء قال ش ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر وثبت الارش
سقط الارش عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وقال محمد اجرة الطبيب
الطبيب وجه قول ابي حنيفة ان الضمان انما يجب في الشجة لاجل الشين الذي يحصل
بالاثر فاذا عاد على ما كان عليه فكانها لم تكن ولا شين فلا يجوز ان يجب الارش
وجه قول ابي يوسف ان الاجزاء وان عادت فالالم يوجب تقويمه به ووجه قول
محمد انما لزمه من اجرة الطبيب كان بفعله فصار اجر ذلك القدر من ماله وهذا
لا يصح لان المنافع عندنا لا يتقوم الا بعقد او شبه عقد ولم يوجد ذلك في حق
الجاني فلم يلزمه الغرم قال ش ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى
يبرا وقال الشافعي يقتص في الحال لنا حديث جابر ان النبي عليه السلام قال يستانا
بالجراحات سنة وفي حديث عمرو بن شعيب ان النبي عليه السلام نهى ان يقتص من
جرح حتى ... ولان الجناية لم يستقر فلم يجز استيفا القصاص فيها كما لو قطع
يده من نصف الساعد فان قيل انه احد نوعي القصاص فجاز ان يجب معجلا
اصله القصاص في النفس قيل له نقول بموجبه لان ... فيما دون النفس

يجب معجلا اذا كان مستقرا قال ش ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله خطا قبل البرء فعليه
الدية ويسقط عنه ارش اليد وذلك لان الجنايات المتفقة بمنزلة الجناية الواحدة
بدليل اتفاق حكمها وحكم الجناية الواحدة قبل البرء مراعى لا حكم فيها بشيء لجواز
ان يؤول الى النفس فيسقط حكمها ويثبت حكم النفس فاذا لم يستقر الجناية
الاولى وحدث الثانية سقط حكم الاولى وكانه ابتداه بجناية واحدة فيجب الدية
خاصة ولا يشبه هذا اذا قطع يده خطا ثم قتله عمدا لان هاهنا جنايتان مختلفتان
الجنايتان كاختلاف الجانيين ومعلوم ان جناية احد الجانيين لا تدخل في جناية
الاخر كذلك الجنايتان المختلفتان قال ش وكل عمد سقط فيه القصاص
بشبهة فالدية في مال القاتل وذلك لما روي ان عمر لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف وكانه رواه عن النبي عليه السلام
ويكون في ثلث سنين لانها دية وجبت بنفس القتل وكانت موجلة كالتي وجبت
بالخطا قال ش وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لظاهر الخبر ويكون في
ماله حالا لانه مال واجب بعقد فصار كالثمن في المبيع فلا يصير موجلا الا بالتا
جيله قال ش واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله ثلث سنين وقال
الشافعي يجب حالة لنا ان الدية وجبت بنفس القتل فوجب ان يكون موجلة
كدية الخطا وشبه العمد هذا على طريق اصحابنا في المسئلة وهي ان هذا القتل
يتعلق به القصاص فاما على طريق ابي الحسن ان موجب القتل القصاص و
يسقط لتعذر الاستيفا فانه يقول ان القصاص لما لم يستقر وجوبه فصار
كانه لم يجب وحل محل ملك الوكيل الذي لا يستقر فان قتل عمدا سقط فيه القصاص

فانه يجب فيه الارش يكون حالا كمن قطع يد رجل من نصف الساعد قيل له هناك القصاص
واجب لو امكنت المماثلة فاذا اسقط لتعذر المماثلة وجب الارش حالا وفي
مسئلتنا لا يتوهم وجوب القصاص فوجب البدل موجلا قال ش وكل جناية
اعترف بها الجاني وهي في ماله ولا يصدق على عاقلته وانما كان كذلك لقول عمر
لا يعقل العاقلة صلحا ولا اعترافا ولان اعترافه يتضمن شيئين احدهما وجود
الجناية منه والثاني لزوم الارش للعاقلة فيصدق على نفسه ولا يصدق على
العاقلة ويكون في ماله موجلا لانها وجبت بنفس القتل قال ش وعمد
الصبي والمجنون خطا لان القصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من اهل
العقوبة ولان الاحكام المختصة بالعمد لا يتعلق بفعلهما من القصاص والماثم
فصار بمنزلة الخطا قال ش وفيه الدية على العاقلة وقال الشافعي في احد
قوليه يجب الدية في ماله وتتغلظ ويكون حالة لنا ما روي عن علي انه قال عمد
الصبي خطا وروي ان مجنونا سعى على رجل بالسيف فقتله فقضى على بالدية
على العاقلة وقال عمده وخطاه سوا ولا مخالف له ولان عمده دون خطا العاقل
البالغ بدليل ان البالغ يلحقه اللوم والماثم في التفريط ولا يلحق الصبي فلما لم يتغلظ
في حق البالغ فكان على العاقلة فهذا اولى فان قيل روي عن ابن عباس ان النبي عليه السلام
قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا قيل له الصحيح
من الجواب ان قول ابن عباس على ان اطلاق العمد لا يتناول فعل الصبي بدليل
ان الاحكام المختصة بالعمد لا يتعلق بفعله فان قيل ضمان مال بالاتلاف
فاستوى فيه الصغير والكبير اصله قيمة المتلفات قيل له هناك يستوي

في احكامهما العمد والخطا فاستويا في الضمان وهاهنا يختلف فيها العمد والخطا فجاز
ان يختلف بالصغير والكبير قال ش ومن حفر بيرا في طريق المسلمين
او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته اما وجوب الضمان فلانه فعل
تعدى فيه فما يتولد منه يكون مضمونا كالذي يتولد منه الدم ويكون دية ذلك
على العاقلة اذا بلغ فذلك تتحمله العاقلة وذلك لان الضمان الادمي جناية وما يجب بالجناية
يكون على العاقلة كما يكون بالقتل قال ش وان تلفت فيها بهيمة فضمانها في ماله لانه
ضمان مال فلا يتحمله العاقلة اصله الديون قال ش وان اشرع في الطريق روشنا
او ميزابا فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته وهذا على ما بيناه في موضع
حفر البير سوا وعلى هذا الوصف انسان مات في الطريق فزلق به الانسان
خطا فالدية على عاقلته وان تلف به غير الادمي فالضمان في ماله لما بيناه في حفر
البير ووضع الحجر قال ش ولا كفارة على حافر البير وواضع الحجر وقال الشافعي
عليه الكفارة لنا انه ليس بقاتل بدليل انه لم يوقع فعلا في المقتول ولا فيما اتصل
به ولانه ان فعل ذلك في ملكه او في غير ملكه كالرمي فان قيل الواقع في البير مقتول
ولهذا يضمن بالدية ويستحيل ان يكون مقتولا لا قاتل له ولا قاتل غير الحافر
للضمان بجنايته قيل له اذا منعنا ان يكون الحافر قاتلا لم يقل ان الواقع
في البير مقتول بل نقول هالك وتالف فاذا ثبت انه ليس بقاتل لم يلزمه الكفارة
لان حق الله تعالى وجنايته على القاتل فان قال فعل يضمن به نفس الحر فوجب ان يلزمه
الكفارة كالمباشرة قيل له لا يمتنع ان يضمن النفس بسبب لا يوجب الكفارة
كالنصر في العاقلة وكرجوع الشهادة بالقتل وعلى هذا الخلاف ايضا القاتل

والسابق لا كفارة عليه عندنا وعنده يجب الكفارة قال ش ومن حفر بئرا في
ملكه فعطب بها انسان لم يضمن لانه غير متعد في ذلك فيما يتولد منه لا يلزمه
الضمان ۝ وقد قالوا لو قعد في الطريق ليستريح او لمرض حفر به
انسان ضمن لان المشي في الطريق مباح بشرط السلامة تبين ذلك ان الله تعالى
اباح بالرمي الى الصيد ولو رمى صيدا فاصاب انسانا او شاة ضمن فاعتبر فيه
السلامة كذلك هذا ۝ وقد قالوا لو ان لابسا لوا طيلسانا او غيره فوقع ذلك
في الطريق فعطب به انسان فلا ضمان عليه لان هذا مما لا يمكن الاحتراز منه
فلا يتعلق به حكم ولو كان ذلك حاملا لذلك فوقع في الطريق فعطب به انسان
لزمه الضمان لان الحمل يمكن الاحتراز منه وله منه بد فيما يتولد منه مضمون
لانه ابيح له حمله على شرط السلامة ۝ وقد قال ش اصحابنا في اهل المسجد
اذا بنوا فيه بناء او حفروا بئرا او وضعوا حبا فعطب به انسان فلا ضمان
عليهم لان النظر في مصالح المسجد اليهم وما فعلوا فيه فلا ضمان فيه كالوصي
والاب واذا فعلوا ذلك في دار اليتيم وولي الوقف اذا فعل ذلك في الوقف فاما
اذا بنا رجل من غير اهل المسجد بناء في المسجد او حفر بئرا او علق قنديلا
او وضع حصيرا فعطب به انسان فهو ضامن في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لا ضمان عليه الا في البناء والحصر وجه قول ابي حنيفة ان النظر في مصالح
المسلمين الى اهله وليس الى غيرهم بدلالة ان لهم ان يمنعوا غيرهم من عمله
فصار من ليس من اهله كمن وضع شيئا في دار غيره ولانه لو لم يضمن في
التعديل لم يضمن في الحصير كاهل المسجد وجه قولهما ان المسجد لجميع

الناس وقد اذن للمسلمين في عمارته لقوله تعالى انما يعمر مساجد الله من امن بالله
واليوم الاخر وقال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه الا ان لاهل
المسجد اختصاصا به فصاروا كالمالك وغيرهم كالمستعير ومعلوم ان للمستعير
ان يضع في الدار الحصير والقنديل وليس له ان يحفر فيها ولا شي كذلك هذا ۝
قال ش والراكب ضامن لما اوطئت الدابة ولما اصابته من يدها او كدمه
ولا يضمن ما نفحت برجلها وكلما تولد من السير مما يمكن الاحتراز منه فهو مضمون
وما لا يمكن الاحتراز فليس بمضمون وانما كان كذلك فانه لو ضمن ما لا يمكن
الاحتراز منه كان ذلك منعا من التصرف وما لا يمكن الاحتراز منه لا يودي ضمانه
الى منع التصرف لما كان قادرا على التحفظ منه واذا ثبت هذا قلنا ان الراكب
يمكن الاحتراز من الوطي بالدابة وما يصيب بيدها وما بطات برجلها
ومن الكلام والصدم وكان ذلك مضمونا عليه ۝ فاما ما نفحت برجلها وهي
تسير او بذنبها فلا ضمان فيه لانه لا يمكن الاحتراز منه لقوله عليه السلام الرجل جبار
يعني نفحة الرجل ۝ وقد قالوا انما مار الغبار بالمشي او بسير الدابة لا يضمن
ما تولد منه لانه لا يمكن الاحتراز منه وكذلك ما اثارت الدابة بسنابكها
من الحصا الصغار فاما الحصا الكبار فالراكب يضمن ما تولد منه لان ذلك
لا يكون الا بالعنف بالسير وذلك مما يمكن الاحتراز منه ۝ وقد قالوا لو وقف
في الطريق ثم ضرب الدابة فهو ضامن في ذلك كله لنفحة بالذنب والرجل لانه ما دون
في السير دون الوقف لان الاذن انصرف الى ما لا يضمن بغيره لا يضمن
والوقوف يضمن لانه يستديم الانتفاع بتلك البقعة على الدوام فصار متعديا

في ذلك فضمن ما تولد منه وسوا كان يمكن الاحتراز منه او لا يمكن الاحتراز منه قال
وان راثت او بالت في الطريق فوصل بها انسان لم يضمن لان هذا في حال السير لا يمكن
الاحتراز منه فلا يتعلق به الضمان ۝ فان كان في ذلك وهو واقف ضمن لان وقوفه غير
ماذون فيه فما تولد منه يكون مضمونا قال ش والسايق ضامن لما اصابت
بيدها ورجلها لانه يرى الى الجناية وتمكنه الاحتراز من ذلك فلزمه الضمان قالوا
كب قال ش والقايد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها لانه مفرق الدابة
من الجناية وتمكنه الاحتراز من اليد ولا يمكن الاحتراز من الرجل فلم يضمن الرجل
وقد قال ش ان المرتدف مثل الراكب وقالوا على الراكب والمرتدف الكفارة
فيما اتلف الدابة بوطيها لان التلف حصل بفعلها ولا يجب على القايد والسايق
لانه قتل بسببه ۝ وقد قال ش لو كان الامام قد جعل للمسلمين عند باب المسجد الا
عظم مكانا ما يقف فيه الدواب وكان موضعا اخر قد اذن الامام بالوقوف فيه
مثل سوق الدواب فلا ضمان على الواقف بدابته من اي شي كان منها لانه ماذو
ن في الوقوف فيما يتولد منه لا يكون مضمونا وكذلك قالوا لو وقف في فلاة من الا
رض او في طريق مكة على غير المحجة فلا ضمان عليه لانه مما لا يستضر به فهو ماذون
فيه فاما المحجة في الوقوف فيها مضرة ويكون متعديا في الوقوف فيضمن ما
تولد منه ۝ وقد قالوا في السابق على الدابة في ملكه والقايد والسايق لا ضمان
عليهم فيما يتولد من ذلك لانه متصرف في ملكه فلا يكون بشرط السلامة فلا
يضمن الا ما وطيت الدابة لان ذلك التلف حصل بفعله فلذلك يلزمه الكفارة
والا لا يختلف ان يكون في ملكه او في غير ملكه ۝ وقد قالوا اذا انفرد

في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلنا
ولا علمنا قاتلا فاذا احلفوا اقضى على اهل المحلة بالدية والكلام في هذه الجملة
يقع في مواضع منها ان الاصل في ثبوت القسامة حديث سهل بن ابي حثمة
قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر فجا اخوه عبد
الرحمن بن سهل وعماه حويصه ومحيصه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب
عبد الرحمن يتكلم فقال عليه السلام الكبر الكبر فتكلم احد عميه الكبير منهما فقال يا ر
سول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة
يهود لهم فقال عليه السلام تبريكم اليهود بايمان خمسين يحلفون انهم لم يقتلوا
قالوا كيف نرضى بايمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه
قالوا كيف نقسم على ما لم نراه فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وعن
ابن عباس قال وجد قتيل بخيبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اخرجوا من هذا الدم
وقالت اليهود قد كان وجد قتيل في بني اسرايل على عهد موسى عليه السلام فقضى
في ذلك نبيا فاقض فقال يحلفون خمسون يمينا ثم يغرمون الدية قالوا
قضيت بالناموس يعني بالوحي وقد روي قصة القسامة عن النبي عليه السلام من وجوه
وطرق كثيرة وقال الشعبي كانت القسامة في الجاهلية فاول من قضى بها في الا
سلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو ان قتيل باليمن قتل بين حيين وكتب الى عمر
انه وجد قتيل لا ندري من قتله فكتب عمر ان قس بين القريتين بايهما كان اقرب
فالزمهم فوافوا عمر فاحلف منهم خمسين رجلا بالله ما قتلنا ولا علمنا
قاتلا فقالوا ايعطي ايماننا واموالنا فيمن يبطل دم هذا ۝ وقد روي ان النبي
عليه
قال نعم

كتب الى اليهود اما ان تودوا او تاذنوا بحرب من الله ورسوله فدلت هذه الا
خبار على وجوب الايمان على اهل المحلة وعلى وجوب الدية ❁ ومنها انه اذا
وجد القتيل في محلة وادعا ولي القتيل عليهم استحلفوا خمسين يمينا ثم قضي
عليهم بالدية وقال الشافعي اذا ادعى الولي القتل وهناك لوث فان الولي
يستحلف ويقضى له بالدية فان كان استحلف خمسون يمينا وان كان الاوليا
جماعة ففيه قولان احدهما يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والثاني يقسم
الايمان بينهم على قدر ميراثهم فان حلفوا والقتل خطا قضي بالدية وان كان عمدا ففيه
قولان احدهما يجب القود والاخر الدية المغلظة واللوث ان يكون هناك
علامة القتل في واحد بعينه او يكون هناك عداوة ظاهرة لنا قوله عليه السلام لو اعطي
الناس بدعاويهم لادعى قوم دما قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين
على من انكر فسوى صلى الله عليه وسلم في الدعوى بين الدما والاموال واوجب البينة
على المدعي واليمين على المدعى عليه من انكر عليه ولما روى زياد بن ابي مريم ان رجلا
جا الى النبي عليه السلام اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال اجمع منهم خمسين رجلا
فيحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا قاتلا فقال يا رسول الله ما لي من اخي الا
هذا قال بلى مائة من الابل ذكره ابن شجاع في الاثار فلان يمين المدعي قوله
فلا يستحق بها المال كدعوى المال فان قيل روي ان النبي عليه السلام قال في قصة سهل
لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن تحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا لا
قيل له انما هذا على وجه الانكار والاستفهام بدليل انه اثبت النون فكان
انكر عليهم لما قالوا الا نرضى بيمين اليهود والذي يبين صحة ما قلناه وان

[illegible]

ولا يمكن لهم منعه صار كالمتاع على الابل فاما الركبان امام البعير الواطي فهم
قادة وهذا الذي ذكره محمول على انهم كانوا يفعلون في القود فان لم يكن له فعل
فهو كمتاع على الابل فلا يلزمهم الضمان ❁ وقد قال ش واذا كان الرجل يقود قطارا
فجا رجل فربط اليه بعيرا والقايد لا يعلم ذلك فوطى البعير انسانا فقتله فالدية
على عاقلة القايدين يرجعون بها على عاقلة الرابط وذلك لان القايد الاتلاف فوجب
التبعيض من الجناية وضمان يستوي فيه العلم والجهل ويرجع عاقلته بالضمان على
عاقلة الرابط لان الرابط تعدى بربطه فصار هو السبب في الزامهم الضمان
فكان الرجوع عليه ❁ ولو كانت الابل وقوفا لا يقاد فجا رجل فربط اليها بعيرا لا يعلم
بها فقادها القايد فانقاد البعير معها فوطى البعير انسانا فقتله فالضمان على
عاقلة القايد ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط لان الرابط تعدى في الربط
فلما قاد القايد ازال الجناية عن مكانها فزال الضمان عنه وتعلق بالقايد كمن
وضع حجرا فدحرجه اخر ثم عطب به انسان فالدية على عاقلة الثاني دون
الاول وليس ذلك في المسلة الاولى لان ربط البعير والابل سايرة لم يستقر الجناية
حتى تغير حالها بالانتقال فبقي التعدي في الرابط على حاله فضمن ❁ وان كان
القايد في المسلتين علم بالربط فالدية على عاقلته ولا يرجعون بها على عاقلة الرا
بط لانه لما قاد بعد العلم فقد رضي بذلك وصار كانه امره بالربط فسقط على الرابط
قال ش واذا جنى العبد جناية خطا قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه
فان دفعه سلمه الى ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وهذا الذي ذكره صحيح وجناية
العبد تتعلق برقبته ويخاطب المولى بما ذكره وقال الشافعي جنايته تتعلق بذمته

ويباع فيها لنا ما روي عن ابن عباس انه قال اذا جنى العبد فمولاه بالخيار ان شا دفعه
وان شا فداه وعن عمر عبيد الناس لمواليهم وجناياتهم فيهم وروي عن علي مثله
ولانها جناية يمكن استيفاوها من الرقبة فوجب ان يتعلق بها كالجناية في العبد والحر
والعبد واذا ثبت انها متعلقة برقبته لم يلزم المولى فيها الا رفع يده ليستوفي
الرقبة بها كالجناية في العبد ولانا انما نخلي بين الغرما وبين التركة ❁ واما اذا جنى بغير
الحار لانه لا حق لولي الجناية الا في الارش اما ان يكون من الابل او من الاثمان والحق اذا
ثبت من جنس لم يجبر صاحب الحق على اخذ غير جنس حقه فيلزم التسليم لقول
ان رقبة العبد فوجد عن الارش ولكنه يسقط عن نفسه المطالبة بتسليمها
فيسقط ما وجب من الارش بملك المستحق لها فان قيل ارش الجناية يتعلق
برقبة العبد فلذا امتنع المولى من دفع المال وجب بيع العبد وقضا الدين من ثمنه
اصله العبد المرهون وفيه بالدين والدين متعلق بذمة الراهن فاما ان يتعلق
برقبته فلا ولا نسلم ان الرهن يباع في الدين ولكن يحبس الراهن حتى يبيع
بقضي دينه قال ش وان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها
وقد شا ذلك قال ش فان عاد فجنى فان حكم الجناية الثانية حكم الاولى [illegible]
لانه فداه بارش الاولى تفرغت رقبته من الجناية فصار كانه لم تجر الى هذه الجناية
فيكون الحكم فيها كالحكم في الاولى قال ش وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان
تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقهما واما ان يفديه بارش كل واحد
منهما وانما كان كذلك لان تعلق حق الجناية برقبته لا يمنع من تعلق مثلها ايضا
برقبته كما لا يمنع الدين من ثبوت مثله وكما لا يمنع حق المولى من تعلق ولي الجنا

[illegible]

واذا تعلق حق وليي الجنايتين برقبته كان على المولى ان يدفعه اليهما ويقتسمانه على قدر
حقهما او يفديه بارشهما وقال [illegible] للمولى في هذا الفصل ان يختار الدفع من العبد ويفدى
من احدهما ويدفع في الاخر مقدار ما تعلق حقه به من الجناية وذلك لان حق كل واحد
منهما لا يتعلق به حق صاحبه فجاز ان يخالف الاختيار في حقهما كما لو انفرد كل واحد
منهما ولا يشبه هذا اذا قتل العبد رجلا له وليان انه لا يجوز للمولى ان يختار الدفع
الى احدهما والفدى من الاخر لانها جناية واحدة فلم يملك تبعيض موجبها قال ش
وان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن له الاقل من قيمته ومن ارشها فان باعه
او اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش وهذا لما بينا ان المولى في جناية عبده
مخير بين الدفع والفدا ومن خير بين امرين ففعل ما يدل على اختيار احدهما او
ما يمنع من اختيار احدهما تعين عليه الاخر ومعلوم انه اذا باعه او اعتقه فهو عالم
بالجناية فقد صار مختارا للفدا لما تعذر عليه دفعه بفعله واما اذا لم يعلم بالجنا
ية فيستحيل ان يوصف بالاختيار الا انه قد منع التسليم بفعله مع تعلق حق
ولي الجناية به فلزمه الارش ان كان اقل من قيمته فلا حق لولي الجناية فيما زاد عليه
وان كان اكثر فلم يتلف المولى الا رقبة العبد فعليه قيمتها ❁ وقد قال ش ولو مات العبد
الجاني قبل اختيار المولى سقط حق ولي الجناية وذلك لان حقه متعلق بالرقبة فاذا
تلفت الرقبة من غير فعل المولى سقط الحق كهلاك المال الذي وجبت فيه الزكوة
بغير فعل المالك ولو كان المولى قد اختار الفدى ثم مات العبد لم يسقط الفدا عن المولى
لان الحق قد انتقل من الرقبة الى ذمة المولى بالاختيار وصار دينا في ذمته فلا يسقط
بموت العبد كسائر الديون قال ش واذا جنى المدبر او ام الولد ضمن المولى الاقل

من قيمته ومن ارشها وانما الزمنا المولي هذه الجناية لما روي عن ابي عبيدة بن الجراح
انه قضى بجناية المدبر على مولاه وقد كان اميرًا بالشام وقضاياه يظهر بين
بين الصحابة ولا نعرف له مخالف ولان المولي صار مانعًا من تسليمه في الجناية بالتدبير
من غير اختيار فصار كانه دبره وهو لا يعلم بالجناية وانما الزمه الاقل لان الارش ان كان اقل
من قيمته فلا حق لولي الجناية في اكثر من ذلك فان كان اكثر من القيمة فلم يتلف المولي
بالتدبير الا الرقبة فلزمه قيمته وكذلك جناية ام الولد لهذا المعنى قال رحمه الله فان
جنى اخرى وقد دفع المولي القيمة الى الاول بقضا فلا شي عليه ويتبع ولي الجناية الثانية
ولي الجناية الاولى فيشاركه فيما اخذه وذلك لان الضمان لزم المولي لاجل المنع الذي حصل
منه في الرقبة وهو منع واحد فصار كان الجنايات كلها وجدت ثم دبره فلا يلزمه الا قيمة واحدة
ويتعلق حق جماعتهم بها فاذا دفعها الى الاول بقضا فقد زالت يده عنها بقضيه
بغير اختياره فلا يلزمه ضمان وللثاني ان يتبع الاول لانه قبض ما تعلق حقه به كالوصي
اذا دفع التركة الى الغرما ثم ظهر غريم اخر فانه يشاركهم فيما قبضوا لما تعلق
حقه به كذلك هذا فان كان المولي دفع القيمة بغير قضا فالولي بالخيار ان شا اتبع
المولي وان شا اتبع ولي الجناية الاولى وذلك لان المولي سلم الى الاول ما تعلق حق الثاني
به فكان الثاني بالخيار في تضمين ايهما شا فان ضمن المولي رجع على ولي الجناية الاولى
لانا بينا انه دفع اليه ما ليس بحق له فكان له الرجوع وهذا كله قول ابي حنيفة
وقالا يتبع ولي الجناية الثانية الاول ولا سبيل له على المولي دفع بقضا او بغير
قضا وجه قولهما ان المولي دفع الى الاول ولا حق للثاني فلم يكن متعديًا في الدفع
فلا يلزمه الضمان ولم يذكر صاحب الكتاب جناية المكاتب ونحن نبينها

ونذكر من ذلك ما يحتمله الكتاب وقد قال رحمه الله اصحابنا جناية المكاتب على نفسه دون
سيده ودون العاقلة لان اكتساب المكاتب له وكانت جنايته عليه كالحر ولان المكاتب هو
المانع من تسليم رقبته في الجناية بقبول الكتابة فكان الارش عليه كالمولي اذا منع التسليم
بالتدبير فان قيل المولي هو المانع بعقد الكتابة لانه مانع التدبير فيجب ان يكون الضمان
عليه كما يلزمه جناية المدبر قيل له نفس عقد الكتابة لا يمنع الدفع بدليل انه يعجز
فيدفع وانما البقا على العقد هو المانع وذلك انما هو بحق المكاتب فكان المنع من
جهته فلزمه الضمان دون المولي واذا ثبت ان الجناية يلزم المكاتب قلنا يلزمه
الاقل من ارش الجناية ومن قيمته لما بينا فيما تقدم ان الارش ان كان هو الاقل فلا
حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان اكثر من القيمة فلم يتلف بعقد الكتابة الا الرقبة
فلزمه قيمتها وقد قال رحمه الله اصحابنا ان جناية المكاتب يتعلق برقبته
وقال زفر بذمته وجه قول اصحابنا ان رقبة المكاتب يجوز تسليمها في الجناية
لو عجز وكل رقبة يتصور تسليمها في الجناية فان الجناية بها اصله رقبة العبد
وجه قول زفر ان رقبة العبد المكاتب لا يصح فيها التمليك فلا يتعلق الجناية بها كالرقبة
الحر والمدبر وفايدة الخلاف ان المكاتب اذا عجز قبل انتقال الجناية من رقبته قيل
للمولي ادفعه او افده وقال زفر يباع في الارش كما يباع في الديون ويظهر الخلاف
ايضًا اذا جنى المكاتب ثم جنى قبل القضا على الجناية الاولى انه يقضى عليه بقيمة
واحدة لان الجناية الاولى تعلقت برقبته والثانية ايضا والرقبة تضايق عنهما
فيكون بينهما الجنايتين العبد وعلى قول زفر يحكم في كل جناية بقيمتها لانها تجب في
الذمة والذمة لا تضايق واذا ثبت عند اصحابنا ان جناية المكاتب يتعلق

برقبته فانها لا تنتقل الى ذمته الا باحد ثلثة معاني اما ان يحكم الحاكم بارشها
عليه او يصطلحوا على الارش او يموت المكاتب ويترك مالًا او ولدًا ووجه ذلك
ان حكم جنايته موقوف لجواز ان يعجز فيدفع بالجناية او يعتق فتتعذر الدفع
ويجب الارش فاذا حكم الحاكم بجهة المراعاة بطلت الجهة الاخرى وكذلك ايضًا
اذا اصطلحوا لان الصلح يثبت في الذمة فيوجب الجناية عن الرقبة واذا مات وترك
وفا فقد حكمنا بعتقه في اخر جزء من اجزا حيوته وذلك يمنع من دفع الرقبة
فانتقل الحق الى الذمة فكذلك ان اعتق في حال الحيوة لتعذر الدفع وكذلك اذا
ترك ولدًا لان الولد قايم مقامه وقد تعذر دفع الرقبة بالموت فانتقل الحق الى من
قام مقامه فاذا جنى المكاتب فلم يحكم عليه بشي حتى جنى جناية اخرى فان القاضي
يحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان الجنايات تتعلق برقبته وهي
تضايق عنها فيتحاصون فيها فان جنى جناية فحكم القاضي عليه بالاقل من قيمته و
من ارشها ثم جنى جناية اخرى فان القاضي ايضا يحكم عليه في الثانية بالاقل من
قيمته ومن ارش الجناية وذلك لانه لما حكم عليه بالاولى نقل الحق الى الذمة فصار
دفع الجناية الثانية الرقبة وهي فارغة فيتعلق بها كالاولى وقد قالوا ان
القاضي ينظر في المكاتب في كل جناية يوم حتى تتغير ذلك ولا يعتبر بزيادة القيمة
ونقصها بعد الجناية وذلك لان المكاتب لو كان عبدًا لم دفعه يوم الجناية فصار
ما نقل من ذلك اليوم واعتبر قيمته في تلك الحال وعلى هذا المدبر وام الولد يعتبر
قيمة كل واحد منهما يوم الجناية في كل جناية لانه صار مانعًا بالتدبير وكانه دبر
عقيب كل جناية فيعتبر قيمته في تلك الحال وعلى هذا اذا قتل رجلًا وقيمته الف

ثم زادت قيمته فصار الفًا وخمسماية ثم قتل رجلًا اخر فان ولي الجناية الثانية ياخذ
من المولي ما بين القيمتين وهو خمسماية يحسب بها من الارش الذي له ثم يقتسمان
بقيمة العبد وهو الف على ما بقي لكل واحد منهما فيكون بينهما على سبعة وثمانين
سهمًا وقد قالوا ان المكاتب اذا اقر بجناية خطا الزمته وحكم الحاكم عليه بها
وذلك لان جنايته مستحقة في كسبه والمكاتب احق بالجناية باكتسابه فنفذ اقرا
ره كالحر فان لم يحكم بذلك الحاكم عليه حتى عجز بطلت الجناية لان الاقرار لو صح صار لازمًا
للمولي بدليل انه كان يخاطب بالدفع او الفدي واقرار المكاتب لا ينفذ في حق
مولاه فان حكم الحاكم عليه بها ثم عجز بطلت عند ابي حنيفة وقالا لا يبطل وهي دين عليه
وجه قول ابي حنيفة ان المكاتب باق على الاصل الحجر في كل شي لم يتضمنه عقد الكتابة
ولا صارت اذنًا فيه بدليل انه لا يصح قرضه ما لم يتضمن الكتابة بذلك والكتابة لا تتضمن
الاقرار بالجناية وان كان محجورًا عليه وانما الزمناه ذلك مع بقا الكتابة ليتوصل حق
بالكسابة فاذا عجز زال هذا المعنى فبطل ما تعلق باقراره وجه قولهما ان الحاكم
لما حكم عليه صار دل الجناية دين في ذمته فلا يبطل بعجزه كما لو اقر بدين ثم عجزه
وقد قالوا لو اقر بجناية فلم يحكم بها حتى اذن فيعتق صارت دينًا عليه حين
عتق لان الجناية لزمته في الكسابة فلم يلزم المولي فاما عتق ما كد ذلك بعتقه كساير ما
يقر به من الديون ولا يشبه هذا العبد اذا اقر بجناية ثم عتق لان جنايته على مولاه
ومن اقر بحق على غيره فانه لا يلزمه في نفسه قال رحمه الله واذا مال الحايط الى طريق
المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه
حتى سقط ضمن ما تلف به من مال او نفس وجملة ما يقال في هذا ان من بنا حايطًا

[illegible]

في ملكه فهو على وجهين اما ان بنيه مايلاً او غير مايلٍ فان بناه مايلاً الى الطريق او الى ملك غيره فهو
على وجهين ضامن لما تلف به وان لم يطالب بنقضه لان تعدي بالبناء في ملك غيره الا ترى
ان هذه البقعة في حكمها ولو بناه في ملك غيره كان متعديًا كذلك اذا بناه في هذا الملك غير
واذا ثبت انه متعدي في ذلك ضمن ما تولد منه كحفر البير في الطريق وان بناه في ملكه
غير مايلا الى الطريق او الى ملك غيره فلا ضمان عليه فيما تلف به حتى ان يتقدم بنقضه
ويشهد عليه وقال بعض اصحاب الشافعي عليه بعض الضمان لنا ان حق الغير حصل
في يده بغير فعله فلا يضمنه قبل المطالبة اصله الثوب اذا القته الريح في داره فلا نها
جناية بسبب فاختلف فيها التعدي وغير التعدي اصله حفر البير فان قيل ما وجب
ضمانه اذا تقدم اليه بازالته وجب وان لم يتقدم اليه كالوهي الحايط مايلًا قيل له هناك حصل
حق الغير في يده بفعله فضمنه من غير مطالبة وفي مسلتنا حصل في يده بغير فعله
على ما بيناه فاختلف الضمان بالمطالبة وعدمها واما اذا تقدم اليه بنقضه واشهد
عليه فلم ينقضه مع الامكان حتى تلف بسقوطه شي فعليه الضمان وقال اصحاب الشافعي
ظاهر مذهب الشافعي انه لا ضمان عليه لنا انه اذا طولب بالازالة وجب عليه النقض فهو اذا لم
ينقض مع الامكان ضمن ما تولد منه كما لو بنى حايطًا مايلا الى ملك غيره فان قيل
ما ليس بسبب الضمان اذا لم يتقدم اليه بازالته وجب ان لا يكون سببا للضمان اذا تقدم
اليه اصله اذا حفر بيرا في ملكه ● واذا اشعل النار في ملكه فطار الجمر الى ملك غيره
قيل له اذا حفر في ملك غيره فلم يحصل حق الغير في يده وفي مسلتنا حق الغير حصل
في يده الى الاتلاف المطالبة بازالته اليه موسعة فاختلفا واما اذا طارت الريح الجمر
الى ملك غيره فطالبه باخذ الجمر الى ملك غيره وتفنه فلم ينقله مع الامكان ضمن ما تلف به فهو

مثل مسلتنا ه وقد قال ⊙ اصحابنا المعتبر في وجوب الضمان هو المطالبة بهدمه وانما نحتاج
الى الاشهاد ليثبت به المطالبة ان جحدها صاحب الحايط ولو طولب ولم يشهد عليه لزمه الضمان
فيما بينه وبين الله قال ومحل الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل
في هدم حايط فاذا فعل هذا لزمه نقضه على وجه الامكان قال ⊙ ويستوي ان يطالبه
مسلم وذمي وهذا صحيح لان الطريق حق لجميع اهل دار الاسلام وكل من له المرور في
الطريق فله المطالبة بنقضه واهل الذمة من اهل دار الاسلام فاذا طالب الذمي بذلك فقد
طالب بماله حق فصحت مطالبته كذلك لو طالبت به امراة او صبي او رجل غريب لان هولا
لهم المرور في الطريق فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك
الدار خاصة لان هذا حق يختص به فكانت المطالبة اليه خاصة فان كان فيها سكان
فالمطالبة للسكان لان لهم حق في المطالبة بازالته ما شغل الدار وكذلك لهم المطالبة
بازالة ما شغل الهوا وقد قال ⊙ اصحابنا ان طولب بنقض الحايط ثم باع الدار
وقبضها المشتري فسقط فلا ضمان على البايع وذلك لانه لما باع فقد صار بحال
لا يمكن فيها النقض والضمان انما يجب بترك النقض مع الامكان فاذا لم يتمكن لم يضمن
ولا يشبه هذا اذا اشرع روشنا في الطريق ثم باع الدار والجناح فوقع على انسان
ان البايع يضمن لانه ليس بنفس وضع الجناح جاني فزوال ملكه عنه لا يغير حاله
وليس كذلك في مسلتنا لان بقا الحايط لم يكن جناية وانما الجناية ترك النقض فاذا
صار بحال لا يملك النقض خرج فعله من ان يكون جناية بترك النقض وعلى هذا اذا كان ممن
اشهد عليه ممن لا يجوز له نقضه فانه لا يضمن وان كانت الدار في يده كالمرتهن
والمستاجر والمودع ● وقد قال ⊙ واذا تلف بالحايط غير بني ادم فهو في ماله

لان هذا ضمان مال وضمان الاموال لا يتحمله العاقلة فاما ان تلف به ادمي فهو على العاقلة
لان هذه الجناية دون الخطا وكانت اولى بالتحمل وقد قال ⊙ محمد ان العاقلة لا يضمن
حتى يشهد الشهود على ثلثة اشيا على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه
عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده ظاهر في الملك والظاهر لا يستحق له حقا على
الغير وسقوطه عليه بعد التقدم اليه بنقضه سبب الضمان فلا بد من ثبوته قال ⊙
واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الاخر وقال زفر على
عاقلة كل واحد منهما نصف الدية الاخر وبه قال الشافعي لنا ما روي عن علي رضي الله عنه
انه قال مثل قولنا ولا مخالف له ولان كل واحد منهما جنى على صاحبه بصدمه له فلزمه
جميع ديته كما لو كان واقفا بصدمه فمات ان الدية على الصادم خاصة فان قيل
روي عن علي انه اوجب نصف الدية قيل له ان ثبت جميعًا منهما قلنا يجب نصف
الدية اذا علم انه مات من العقلين جميعًا ويجب الدية اذا لم يعلم ذلك فان قيل كل
واحد منهما مات بفعل صاحبه وبفعل نفسه لان صدمه لغيره بالم به كالمبث
بجراحتين قيل له قد سلمت ان موته حصل من فعل صاحبه وادعت انه يكون
بفعل نفسه ايضا وهذا معنى معلوم فلا يسقط الضمان المتيقن ولا بعضه
بالشك ● واذا قتل رجل عبدًا خطا فعليه قيمته لا يزاد على عشرة الف درهم
فان كانت قيمته عشرة الف او اكثر قضى عليه بعشرة الف الا عشرة وهذا الذي
ذكره قول ابن مسعود وهو قول ابي حنيفة وزفر ومحمد وقال ابو يوسف فيه
قيمته بالغة ما بلغت وجه قول ابي حنيفة انها جناية على نفس
ادمي فلا تزاد على الف دينار كالجناية على الحر وجه قول ابي يوسف وهو قول

علي وابن عمر وابن عباس انها جناية على مال فوجب فيها القيمة غير مقدرة كالبهايم
واذا ثبت عند ابي حنيفة انها لا تزاد على الدية نقص منها عشرة دراهم لما روي عن عبد الله
بن مسعود انه قال في قيمة العبد لا يزاد على عشرة الف الا عشرة وهذا لا يعلم
الا من طريق التوقيف لان النقصان انما هو لاجل الرق وقد فرق الشرع بين
الرق والحرية بعشرة دراهم الا ترى ان بضع الحرة لا يستباح باقل من عشرة
دراهم وبضع الامة يجوز ان يستباح بالهبة من غير عوض فلما ثبت ذلك في
الشرع قدروا النقص ايضا في هذه المسلة بعشرة قال ⊙ وفي الامة
اذا زادت قيمتها على الدية خمسة الف الا عشرة لان خمسة الف دية الحرة
فينقص منها عشرة كما ينقص من دية الرجل الحر ● قال ⊙ وفي يد العبد نصف
قيمته لا يزاد على خمسة الف الا خمسة وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر
من قيمة العبد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وقال محمد عليه
النقصان وهو قول زفر وابي يوسف الاخر وجه قول ابي حنيفة ان القيمة في العبد
كالدية في الاحرار فاذا كانت الجناية فيما دون النفس يجوز ان يقدر من دية الحر كذلك يجب
ان يقدر من قيمة العبد وجه قول محمد ان ما دون النفس من العبد ضمان
ضمان الاموال بدليل انه لا يتعلق به قود ولا كفارة ولا تتحمله العاقلة فالجناية على الا
موال يجب بها النقصان واذا ثبت من اصل ابي حنيفة ان يد العبد يجب فيها نصف
قيمته نقص من ذلك خمسة لان ما يجب في اليد من الحر مقدر بنصف ما يجب في الجملة فكذلك
ما يجب في يد العبد يكون على النصف مما يجب في جملته ولا يشبه هذا ما يجب في النفس
لانه ان ينقص منه عشرة لانه ليس يجب من دية الذكر وانما هي دية في نفسها فلذلك

تقدير النقص فيهما بعشرة وقد روي عن ابي حنيفة ان الجناية على العبد مقدرة فيما
يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة مثل الحاجب والاذن وذلك لان التقدير لما دخل
في الجناية على الحر استوى ما فيه منفعة وما فيه زينة كالحر وروي عن ابي يوسف عن ابي
حنيفة ان ما فيه زينة لا يتقدر لان الزينة ليست بمعنى مقصود من العبد وهي
مقصود من الحر فاما ما له منفعة فهو مقصود منهما فاستويا في تقديره قال
واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا فعليه غرة نصف عشر دية
وهذا الذي ذكره استحسان لان القياس ان لا يجب على الضارب في الجنين
شيء لانه يجوز ان يكون حيا ويجوز ان يكون الحيوة لم تخلق فيه فلا يلزمه الضمان
بالشك ولانهم اتفقوا ان من ضرب بطن بهيمة فالقت جنينا كان عليه
نقصان ولا شيء عليه في الجنين وكذلك جنين الادمية وانما تركوا القياس لما روي
انه اختصم الى عمر في ذلك فقال للصحابة نشدتكم الله هل سمع منكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ذلك شيا فقام المغيرة فقال كنت بين جاريتين ضربت احديهما الاخرى بعمود خيمة
فالقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية
وبغرة الجنين وقد روي في الخبر ان ولي الضاربة قام فقال كيف ندي من لا اكل
ولا شرب ولا صاح فاستهل ومثل ذلك يطل فقال النبي عليه السلام اسجع كسجع الكهان
اسجع كسجع الاعراب فيه غرة عبد او امة فقال عمر من يشهد معك بهذا فقام
محمد بن مسلمة فشهد فقال عمر كدنا ان نقضي فيها برأينا وفيها سنة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقد روي عن عبد الرحمن بن ابي صالح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى
في الجنين غرة عبد او امة او خمسمائة ولان الضارب منع من الحيوة فوجب عليه

الضمان كالمغرور لما منع من حصول الرق ضمن قيمة الرق واذا ثبت وجوب
الغرة قال اصحابنا هي مقدرة بخمسمائة وقال الشافعي بستمائة وهذا
الاختلاف مع اتفاقهم على انها نصف عشر الدية الا ان الدية عندنا مقدرة بعشرة
الاف ونصف عشرها خمسمائة وعنده مقدرة باثني عشر الفا فنصف عشرها
ستمائة. وقد قال اصحابنا انه يستوي فيه الذكر والانثى لان النبي عليه السلام
قضى فيه بالغرة ولم يفصل ولانه يتعذر التمييز بينهما فسقط اعتباره لتعذره
وقالوا ان الغرة تجب على عاقلة الضارب لان النبي عليه السلام قضى بها على العاقلة في خبر
المغيرة ولهذا قال ولي الضاربة كيف يدي من لا اكل ولا شرب وهذا يدل على
انه قضى بها عليهم ولانها بدل النفس فصار كالدية قال فان القته حيا ثم
مات ففيه دية كاملة قال وان القته ميتا ثم ماتت فعليه دية وغرة وذلك
لانه متلف لكل واحد منهما فوجب عليه ما يجب في كل واحد منهما حال الانفراد
قال وان ماتت ثم القته ميتا فلا شيء في الجنين وقال الشافعي فيه الغرة
لنا ان القياس ان لا يجب في الجنين شيء على ما بيناه وانما تركنا القياس للخبر والخبر
ورد فيمن القت جنينا وذلك لا يكون الا في حال الحيوة لانه اضاف الفعل
اليها ولان الجنين له حكم الاعضاء من وجه بدليل انه يعتق بعتقها ولا يكمل
ارشه وله حكم الانفس من وجه بدليل ان بدله يورث عنه فاذا انفصل في حيو
تها ميتا انفرد بضمان ولم يدخل في ارشها ان ماتت واذا كان كذلك فاذا انفصل
في حيوتها ميتا لم يدخل في ارشها اعتبارا بالانفس واذا انفصل بعد موتها
ميتا لم يضمن اعتبارا بالاعضاء وكل فرع تردد بين اصلين يجب ان يلحق بهما

ولا يفرد اعتباره باحدهما دون الاخر فان قيل كل حال يجب فيها ضمان الجنين اذا انفصل
حيا ثم مات وجب ضمانه على الجاني اذا انفصل ميتا اصله حال حيوتها قيل له
حال حيوتها يجوز ان يضمن ما انفصل من اعضائها فجاز ان يضمن جنينها
الميت وبعد الموت لا يجوز ان يضمن ما انفصل من اعضائها فلا يضمن ما
انفصل منها متلفا قال وما يجب في الجنين موروث عنه وقال ابو
الليث الغرة لام الجنين لنا ان الغرة بدل عن الجنين بدليل انها يعتبر
به دون الام الا ترى ان جنين ام الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة واذا كان
ذلك بدل وجب ان يكون موروثا لان بدل النفس تستحقه الورثة اصله الدية
وقد قالوا لا يرث الضارب منها لانه قاتل بغير حق قال وفي جنين
الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته ان كان
انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام وقد قالوا في جنين ام الولد من
مولاها غرة يكون قيمتها عشر دية الاب وكذلك في جنين الامة اذا كان
ابوه مسلما عشر دية الاب فاعتبروه باوفر الديتين والكلام في هذه
المسئلة يقع في موضعين احدهما ان الجواب في الجنين يعتبر بنفسه والثاني
التقدير في الذكر والانثى والدليل على انه معتبر بنفسه انها نفس متلفة فا
عتبر بدلها بها كساير المتلفات ولان اعتباره بغيره يودي الى ان يجب
فيه حيا اقل مما يجب فيه ميتا الا ترى انه لو كان قيمة امه عشرة الف
وقيمته لو كان حيا مائة فلو القته حيا ثم مات وجب فيه مائة ولو القته
ميتا وجب فيه الالف فوجب فيه ميتا عشرة اضعاف ما يجب فيه حيا ولان

اعتبارهم باوفر القيمتين غلط لان المتلف يعتبر في ضمانه المتيقن ولا يعتبر الا
كثر فان قيل لو اعتبرناه بنفسه لوجب تقويمه ولا يخلو اما ان نقومه
حيا او ميتا ولا يصح تقويمه ميتا لانه لا قيمة له ولا يصح تقويمه حيا لانا لم
نتحقق حيوته فاذا لم يصح تقويمه في نفسه وجب اعتباره بغيره ولان التقو
يم يحتاج فيه الى ادراك الصفات ومعرفتها فلا طريق الى ذلك ولانه لو وجب تقويمه
وجب اعتبار جميع قيمته كساير المتلفات قيل له لسنا نقومه ميتا
وانما نقومه حال موته انه لو كان حيا وهذا تقويم له في حال له قيمة وقولهم لا يجوز
تقويمه حيا لانا لا نعلم حيوته لا يصح لان هذا يلزمنا ان لو اوجبنا قيمته حيا
فاما اذا اوجبنا بعض القيمة لم يلزمنا وهذا كما يوجب في اليد الشلاء بعض ما
يوجب في اليد الصحيحة لما لم يعلم صحتها فاما قولهم لا بد من صفاته فيبطل بمن اتلف
عبدا لم يشاهده الحاكم ولا يوجد من يعرف صفاته فانا نثبت في ذمة الجاني ما يعترف
به الجاني ولا يمنع الجهل بصفاته من ايجاب القيمة وقولهم كان يجب جميع القيمة
كساير المتلفات لا يصح لانا نقومه حيا ونحن لا نعلم حيوته فلا يجوز ان يوجب
كمال القيمة كما نقوم اليد الشلاء ولا نكمل قيمتها لما لم يعلم صحتها فان قيل النبي
عليه السلام اوجب في جنين الحرة غرة وسوى بين الذكر والانثى وهذا الجنين هو الاصل
في الجنين فوجب التسوية في كل موضع قيل له هذا دليل لنا لان النبي عليه السلام
اوجب في جنين الحرة الغرة وقومها بخمسمائة وذلك نصف عشر قيمته لو
كان ذكرا او عشر قيمته لو كان انثى وجنين الامة فرع على جنين الحرة
فيجب اعتباره بها فيودي الى ما قلناه قال ولا كفارة في الجنين

وقال الشافعي على الضارب الغرة والكفارة لنا ان النبي عليه السلام اوجب في قصة الجنين
الغرة دون الكفارة فلو كانت واجبة لبينها لانها بعض احكام الحادثة ولا يجوز
تاخير البيان عند الحاجة فلما لم يبينها دل انها لا تجب ولان الكفارة تجب
بالقتل وليس بقاتل لان الحيوة غير معلومة فلا تجب بالشك فان قيل كل من
لزمه بدل نفس ادمي بالجناية وجب ان تلزمه الكفارة اصله اذا قتله بعد الا
نفصال قيل له لا نسلم انه ضمن بدل النفس لانا لا نعلم الحيوة وانما ضمن لانه
قطع النما عن الجنين فاما اذا بلغه بعد الانفصال فانه يجب فيه القصاص
اذا كان عمدا فجاز ان تجب الكفارة في اتلافه والجنين بخلافه قال ش
والكفارة في شبه العمد والخطا عتق رقبة مومنة فان لم يجد فصيام شهر
ين متتابعين ولا يجزي فيها الاطعام وقال الشافعي يجب فيه الاطعام اذا لم
يقدر على الصيام دليلنا ان الله تعالى ذكر القتل واوجب فيه الكفارة بالعتق
او الصوم ولم يوجب الاطعام فايجابه زيادة في نص وذلك عندنا نسخ فلا يجوز
اثباته باخبار الاحاد ولا بالقياس لانه لا يجوز نسخ القران به ولان كفارة مجمع على وجوبها يتعلق بسبب
تشترك فيها الرجل والمراة فلا يكون الصوم فيها بدلا ككفارة اليمين فان
قيل ان الله تعالى جعل الاطعام بدلا عن الصوم في كفارة الظهار واطلقه في
كفارة القتل فيجب ان يحمل المطلق على المقيد قيل له من اصلنا ان يحمل
المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده كما ان الله تعالى ذكر الكسوة في كفا
رة اليمين واطلقه في الظهار والقتل ثم لم تثبت الكسوة في الكفارتين حملا
للمطلق على المقيد كذلك هاهنا قال ش واذا وجد القتيل

في

اذا انفرق الدابة من الرجل او انفلتت منه فما اصابت في فورتها ذلك فلا ضمان عليه لقوله عليه السلام
جرح العجماء جبار وسوا كان ذلك في ملك صاحبها او في غيره لانه لا صنع له فيه ولا
يمكنه الاحتراز منه وقد قال ش ان ضمن ارسل دابته فما اصابت في فورتها ضمن
لانه بارسالها حال الدافع وقع لها وهو متعدي في ذلك فيضمن ما تولد منه فان
عطفت يمينا وشمالا ثم اصابت فهو على وجهين ان لم يكن طريق الا ذلك فالضمان
على المرسل لانها ما فيه على حكم الارسال الاول وان كان لها طريق اخر صار بعدولها
بحكم اختيارها فانقطع حكم الارسال الاول فصارت كالمتلفة وقد قال ش لو ان رجل
سو على دابته او كان واقفا عليها فنخس دابته رجل وانه ضامن لما تولد من ذلك
اذا فعل ذلك بغير فعل الراكب لانه متعدي في ذلك الفعل فضمن ما تولد منه وصار
كانه دفع الدابة الى غيره وقد روي انه اختصم الى سلمان بن ربيعة في رجل نخس
دابة فصدمت رجلا فضمن الراكب فبلغ ذلك ابن مسعود فقال لا انما يضمن الن
اخس وروي ان عمر بن الخطاب ضمن الناخس دون الراكب واذا سكنت من فورتها
لم يضمن بعد ذلك الناخس فان كان فعل بامر ذلك الراكب نظرت فان كان الراكب
على وجه ما دون في ذلك من سيرا ووقوف فالضمان على الراكب خاصه لانه لما اذن وهو
يملكه لانه صار كمن ضرب بنفسه فيعتبر فيه ما لو فعله بنفسه وان الراكب في اوقفا
في طريق المسلمين الذي لم يوذن في الوقوف فيه فالدية عليهما نصفين نصف على
الضارب ونصف على الراكب على قلتهم لان ضربه كضرب الراكب وهو واقف
بغير اذن فيضمن ما تولد من ذلك والضارب متعدي في الفعل فاشتركا في
التعدي فضمنا وقال ش لو امره بنخسها وهي تسير فوطئت انسانا فقتله

فالدية عليهما لان التلف حصل بفعل الراكب وفعل الناخس فاشتركا في الضمان فاما
ما نفحت برجلها فلا ضمان على الناخس لانه لما فعل بامر الراكب صار كان الراكب فعل ذلك
ولو فعله الراكب لم يضمن ما نفحت فحال التسيير كذلك الناخس قال ش واذا قاد
قطارا فهو ضامن لما اوطا فان كان فيها سايق فالضمان عليهما وذلك لان كل واحد منهما
مقرب للتهمة الى الجناية فكان القاه على غيره فان كان معها قايد فالضمان عليه
وان كان معها قايد وسايق فالضمان عليهما لانهما اشتركا في الجناية وقد قال ش
لو كان في السايق في وسط القطار فما اصاب مما خلفه هذا السايق وما بين
يديه من شي فهو عليهما لان ما بين يديه هو له سايق الاول سايق وما خلفه هو لهما
قايدان فيسير كان في الجناية يكون عليهما وعلى هذا ان كان اخا ما خلفها ولجا
وسطها وهو يسوقها في ذلك كله لانه في كلا الحالين اما سايق واما قايد وذكر
محمد في السادس الوان رجلا كان يقود قطارا واخر من خلف القطار
يسوقه والابل يجر بعضه بعضا وعلى الابل قوم في المحامل نيام او جلوس هـ
فوطي بعير منها انسانا فقتله فالدية على عاقلة القايد والسايق والراكبين
على البعير الذي وطي وعلى الراكبين على قدام البعير الذي وطي على عاقلتهم على عدد
الروس والكفارة على الراكب خاصة وذلك لان القايد والسايق مقربان
الى الجناية والسايق مقربان والراكب البعير بالقايد لما خلفه والراكب على
البعير الذي وطي حصل التلف بثقله فاشتركوا في سبب الضمان فكانت القيمة
عليهم واما الكفارة فعلى الراكب لان القتل حصل بفعله ومن سواه قاتل بسبب
ومن كان من الركبان خلف البعير لا يحرك الابل ولا يسوقها فلا ضمان عليهم لانهم

وانه على طريق الانكار لا على طريق الامر انهم قالوا كيف نحلف على امر لم نره وكيف يجوز ان
يامرهم بالحلف على من لم يعلمونه فان قيل يمين المدعى عليه لا يحكم بموجبها وكل
من لا يحكم بموجب يمينه لا يعرض عليه اليمين اصله المدعي في ساير الحقوق قيل له
هذا قياس يخالف النص لان النبي عليه السلام كتب الى اليهود اما ان يحلفوا وتدوا
والا فاذنوا بحرب من الله ورسوله ولان اليمين يقتضي عندنا يقضي بموجبها
في القسامة كما تقضي بموجبها في ساير الدعاوي وذلك لان الولي يدعي عليهم القتل
فاذا اسقطت دعواه بايمانهم اخذت منهم الدية على وجه التحمل كما يوخذ من
العاقلة واليمين لم يقع على نفس التحمل وينتقض بالمتحالفين في البيع انا لا نقضي
بيمين واحد منهما وانما نفسخ البيع ولا يمنع ذلك من وجوب الاستحلاف
ومنها ان الذين يحلفون يخيرهم الولي لان الايمان حق له فكان الخيار اليه ولان في
اختياره فايدة وهو يختار من يتهمه بالقتل ويختار صالحي القبيلة الذين لا يحلفون
على الكذب فلهذا جعل الخيار ومنها ان اهل المحلة اذا حلفوا الزمهم الدية
وقال الشافعي لا يلزمهم شي لنا ان النبي عليه السلام كتب الى اليهود اما ان يحلفوا وتدوا
والا فاذنوا بحرب فجمع عليهم بامرين ولان اهل المحلة يلزمهم الدية بالنصرة
لم يسقط عنهم بايمانهم كالعاقلة فان قيل روي عن النبي عليه السلام في قصة حويصة
ومحيصة تبريكم اليهود بايمان خمسين منهم قيل له قد روينا له هذا الخبر زيادة
وهو انه كتب الى اليهود اما ان يحلفوا واما ان تدوا فقوله تبريكم اليهود محمول
على البراءة من الدعوى في القتل وهذا لا يسقط الدية الواجبة باختصاصهم بالبقعة
قيل المدعى عليه اذا حلف بيمينه بري وسقط الدعوى عنه والمطالبة اصله

سائر الحقوق قيل له اذا كانت الدعوى على معين نحلف المدعا عليه على ذلك المعين
انقطعت الخصومة باليمين وكذلك نقول في مسئلتنا لان الدعوى على كل
مستحلف انه قاتل فيمينه يقطع الخصومة في هذه الدعوى وقد وجب عليه
في حق اخر لا لكونه قاتلا لكن لزمه بالنصرة لهذه البقعة وتخصيصه بها وهذا
المعنى لا يتناوله اليمين ولا يستحلف عليه قال ش ولا يستحلف الولي وقد
بينا ذلك قال ش ولا يقضى له بالجناية وان حلف وقال مالك اذا حلف الولي وجب
القصاص وهو قول الشافعي القديم لنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على
المدعا عليه ولان قول الواحد لا يثبت به القصاص اصله الشهادة فان قيل روي
ان النبي عليه السلام قال للانصار اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم قيل له قد بينا ان هذا
الخبر خرج على وجه الانكار لا على وجه الامر والتخيير ويبين صحة ذلك ايضا ان عمر
بن عبد العزيز سال الناس عن القسامة وعنده اشراف الناس وقوادهم
فقالوا هي حق وقد اقاد بها الخلفا فقال ما تقول يا ابا قلابة فقال يا امير المومنين
ارايت ان لو كان خمسين رجلا شهدوا على رجل محصن بدمشق انه زنا ولم يروه
اكنت ترجمه فقال لا فقال ابو قلابة والله يا امير المومنين ما قتل رسول الله
صلى الله عليه وسلم الا في احدى ثلث خصال كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس
بغير حق فلو كان قد ثبت ان المراد بالخبر استحقاق الدم لم تجز لابي قلابة ان
يعارضه بالقياس قال ش وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم
حتى تتم خمسين وذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه
تسعة واربعين رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت الخمسين ثم قضى الد[ية]

ومراد الاستحلاف الولي عند اهل [illegible] ان كان بين المقتول وواحد منهم عداوة ظاهرة وادعى [illegible] على [illegible] [illegible] كان [illegible] عمدا [illegible] كان [illegible] خطا [illegible]

وعن شريح والنخعي مثل ذلك قال ش ولا يدخل في القسامة صبي ولا مجنون
ولا امراة ولا عبد وذلك لان اليمين قول والصبي ليس له قول صحيح وكذلك
المجنون واما المراة والعبد فليسا من اهل النصرة والايمان انما تجب على من
يلزمه النصرة قال ش وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية وقال الشا
فعي ان كان هناك لوث استحلف الولي فان امتنع استحلف اهل المحلة لنا انه
اذا لم يكن به اثر فالظاهر انه مات حتف انفه والميت لا تجب فيه قسامة
ولا دية فان قيل القسامة تتبع الدعوى فاذا ادعى الولي ما يجوز ان يكون سمعت
دعواه ولزمت القسامة قيل له اذا لم يكن به اثر فالظاهر خلاف ما يدعيه
فلا نسلم ان الدعوى وقعت موجبة للقسامة قال ش وكذلك ان كان
الدم يسيل من انفه او من دبره او من فمه لان ذلك يكون في الغالب من غير ضرب
فيكون بالرعاف والقي وغير ذلك فلم يدل الظاهر على انه قتيل قال ش وان كان
يخرج من عينه او اذنه فهو قتيل وذلك لان الغالب ان ذلك لا يكون الا بضرب
حادث فالظاهر انه قتيل قال ش واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية
على عاقلته دون اهل المحلة وذلك لان القتيل في يده فكان اخص به من اهل المحلة
كما لو وجد في داره قال ش فان وجد في دار انسان فالقسامة عليه والدية
على عاقلته وذلك لان صاحب الدار اخص بنصرة الدار من اهل المحلة فصار من
اهل المحلة بمنزلة اهل المحلة مع اهل المصر فكما لا يدخل اهل المصر مع اهل
المحلة فكذلك لا يدخل المحلة مع صاحب الدار في القسامة واما وجوب الدية
على عاقلته فلان الدية تجب لاجل النصرة ونصرة صاحب الدار على عاقلته

قال ش ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة يعني كان في المحلة سكان
وملاك وهذا الذي ذكره قول محمد ايضا وقال ابو يوسف عليهم جميعا وجه قولهما ان
الملاك اخص بنصرة البقعة من السكان الا ترى ان السكان قد ينتقلون والقسامة
انما تجب على من هو اخص بالنصرة وجه قول ابي يوسف ان النبي عليه السلام اوجب القسامة على
اليهود وكانوا سكان خيبر الجواب ان النبي عليه السلام اقر اليهود على املاكهم وكان
ما ياخذه منهم على وجه الخراج فلم يكن فيما ذكره قال ش وهي على اهل الخطة دون
المشترين ولو بقي منهم واحد وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب على الجميع
وجه قولهما ان اهل الخطة اخص بنصرة البقعة من المشترين والحكم يتعلق بالا
خص فصار المشتري معهم بمنزلة الاجنبي ولان العقد في الاصل تعلق باهل الخطة
فما بقي منهم واحد لا ينتقل عنهم كموالي الاب وموالي الام انه لا يلزم موالي الام ما بقي
واحد من موالي الاب وجه قول ابي يوسف ان اهل الخطة يلزمهم القسامة بالملك
وهذا المعنى موجود في المشترين ولهذا يلزمهم بالاتفاق اذا لم يبق احد من
اهل الخطة قال ش وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب
والملاحين لانها في ايديهم وهم اخص بها من غيرهم وهذا ظاهر على قول ابي يوسف حيث
اوجبت القسامة على السكان والملاك فاما على قول ابي حنيفة ومحمد فالفرق ان
السفينة تنقل وتحول فاعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة اذا وجد عليها
قتيل قال ش وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها وذلك لانهم
اخص بالتصرف فيه وبنصرته من غيرهم فكان وجود القتيل فيه كوجوده
في محلتهم قال ش وان وجد في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة والدية

على بيت المال لان هذه المواضع لا تختص بها طائفة من المسلمين بل يتعلق بها حق
جماعتهم فما وجب لاجلها يكون لبيت المال قال ش وان وجد في برية ليس
بقربها عمارة فهو هدر وذلك لان هذه البقعة ليس لاحد يد عليها ولا هو
اخص بها فلا يتعلق به حكم فاما اذا كان بقربها عمارة مصرا او قرية فعليهم
القسامة والدية واعتبروا في القرب ان يكون بحيث يسمع فيه الصوت لان
الصوت اذا بلغ اليه فالغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب فتعلق بها
الحكم وان لم يبلغ الصوت لم يلحق الغوث فلم يجب فيه شي قال ش وان وجد
بين قريتين كان على اقربهما والاصل في ذلك ما روى ابو سعيد الخدري ان النبي عليه السلام
امر في قتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع بينهما وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه
لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب فتبين كتب بان يقيس
بين القريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة وهو
محمول على انه كان يحمل الصوت الى الموضع قال ش وان وجد في وسط
الفرات تمر به الما فهو هدر وذلك لان هذه البقعة لا يثبت عليها اليد
ولا يتعلق به النصرة فلم يجب فيها شي قال ش فان محتبسا بالشاطي فهو
على اقرب القرى من ذلك المكان وهذا ايضا يريد به اذا كان يسمع الصوت من
القرى وذلك لان شط الفرات في يد من قرب منه الا ترى انهم يستقون
منه الما ويوردون بهائمهم واذا كان في ايديهم كانوا اخص به فلزمهم القسا
مة والدية وقد قال ش ابو حنيفة ومحمد في القتيل يوجد في السجن لا يعرف
من قتله انه على بيت المال وقال ابو يوسف على اهل السجن القسامة والدية

وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان اهل السجن لا نصرة لهم في الظاهر لانهم مقهورون و
القسامة تجب لاجل النصرة ولم ياخذ ذلك فالان منفعة السجن المقصود بها
جماعة المسلمين بدليل انه وضع لرفع الضرر عنهم واستيفا حقوقهم فصار
كالشارع الاعظم وجه قول ابي يوسف ان الظاهر ان القتل حصل منهم وكانت
القسامة عليهم . وقد قال ابو حنيفة في الرجل يجرح في القبيلة فيحمل
الى اهله فيموت من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش فالضمان فيه حتى مات
فعلى عاقلة القبيلة وان لم يكن صاحب فراش فلا ضمان فيه ولا قسامة وقال
ابن ابي ليلى لا ضمان ولا قسامة في الوجهين وهو قول ابي يوسف لابي حنيفة ان
الجراحة اذا ادت الى الموت فكان القتل حصل عقيبها بدلالة وجوب القصا
ص على الجارح فصار مسلتنا كان القتل حصل في القبيلة والحلة الذي جرح
منها فيلزمهم القسامة والدية وجه قول ابي يوسف ان الذي حصل في الحلة
ما دون النفس وذلك لا يثبت به قسامة كمن قطعت يده في محلة . واما اذا
لم يكن صاحب فراش فلا خلاف بينهم انه لا قسامة ولا دية لانه لا يعلم ان الموت حصل
من الجراحة فلا يلزم اهل الحلة بالشك . وقد قالوا اذا كمل العدد فان ادا
الولي ان يكرر اليمين على بعضهم فليس له ذلك لان اليمين في الوصول لا يكرر على
الواحد وانما فعلنا ذلك عند نقصان العدد للضرورة فاذا كمل العدد عدنا
الى الاصل . وقالوا من انكل اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين نفس الحق في
القسامة بدليل انه يجمع بينها وبين الدية وايضا لما قال الحارث بن الازمع لعمر
ابتدل ايماننا واموالنا اما تجزي هذه عن هذه قال لا فاذا ثبت انها نفس الحق

وكل من امتنع من حق عليه وهو يقدر على ادايه حبس ولا يشبه هذا النكول
في ساير الايمان لان اليمين هناك ليست نفس الحق الا ترى ان المدعا عليه اذا
لم يحلف وبذل المال لم يلزمه شي فلهذا لا يحبس قال ✽ واذا ادعى
الولي على واحد من اهل الحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم هذا الذي
ذكره هو القياس وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة ان القسامة يسقط
وعن محمد مثله وجه القياس وهو رواية الاصل انا قد علمنا ان القاتل احد
اهل الحلة في الظاهر ولهذا تجب عليهم فاذا ادعى الولي على واحد بعينه
لم يزد على ما علمنا فلا تغير حكم القسامة بذلك . وجه الرواية الاخرى
ان دعواه على واحد ابرا الباقين فلم يجوا ستحلافهم مع ابرا الولي لهم .
قال ✽ وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم وذلك لان هذا الحكم
لا يلزم اهل الحلة بظهور القتيل الا بعد ان يدعي عليهم الولي فاذا ادعى على
غيرهم فقد نفا بدعواه القتل عن اهل الحلة فسقط عنهم حكم ذلك قال ✽
واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا
غير فلان وذلك لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل و
يحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنا من اليمين فبقي حكم
من سواه فيحلف عليه قال ✽ واذا شهد اثنان من اهل الحلة على رجل من
غيرهم انه قتله لم يقبل شهادتهما وهذا الذي قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يقبل وجه قول ابي حنيفة ان شهادة اهل الحلة قبل الدعوى على غيرهم لا
يقبل لانهم صاروا خصوما فاذا ابراهم الولي كان منهم الجواز ان يكون توصل البراة

لا تصح شهادتهم وان خرجوا من الخصومة لمكان التهمة وجه قولهما ان اهل
الحلة لا يدفعون عن انفسهم بهذه الشهادة مغرما ولا يحصلون بها مغنما
فوجب ان يقبل كشهادة غيرهم والله اعلم بالصواب

كتاب المعاقل

قال رحمة الله
الدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة وقد د
لنا على ذلك فيما تقدم قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديو
ان وقال الشافعي الدية على القبيلة فلا يلزم اهل الديوان شي الا ان يكونوا
من النسب لنا ما روي عن ابراهيم النخعي انه قال كانت الدية على القبايل فيما
دون عمر رضي الله عنه الدواوين جعل الدية على اهل الديوان فلم ينكر ذلك احد فان
قيل تحمل انه وضعها على اهل القبيلة من اهل الديوان قيل له لو كانت كذلك
لم يتغير الامر عما كان عليه قبل الديوان والخبر يقتضي تغير الحكم فان قيل كانت
الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزمان ابي بكر على القبيلة فكيف يجوز
ان ينسخ هذا الحكم في زمن عمر قيل له لم يكن في ذلك الزمان ديوان وكانت على
القبايل وما فعله عمر رضي الله عنه ليس بنسخ اذ لو كان نسخا لانكر عليه المهاجرو
والانصار وانما لم ينكروه لانهم علموا ان الحكم يتعلق بشرط وهو النصرة فلما
حدثت النصرة في زمن عمر لم يكن انتقل العقد اليها وهذا كما روي ان عمر
رضي الله عنه ضاعف على بني تغلب الصدقة ولم يكن ذلك في زمان النبي عليه السلام لان
السبب الذي ضاعف عليهم لاجله لم يكن في ذلك الزمان ولذلك وضع الخراج و
لم يعد نسخا وان كان النبي عليه السلام لم يضع الا العشر لما لم يكن السبب الذي لاجله

قيل له التحمل هو ان يجب على الانسان شي يلزم غيره والنفقة والفطرة تجب على
الحاطب ابتدا فلا يسمى التحمل فيها وقد قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عا
قلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة ليس بعضهم اخص
من بعض ولهذا الذمي اذا مات كان ماله لبيت المال فيكون ما يلزمه من الدية ايضا في بيت
وقد روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه رواية شاذة ان الدية في ماله وجهها ان الاصل
ان الدية يتعلق بمال القاتل بدليل انه بدل متلف فيلزم المتلف كساير المتلفات
ولانه لو لم يلزمه في الاصل لم يلزمه اذا اقر بها ولصار كانه اقر على غيره .
ووجوبها على العاقلة انما هو على وجه التخفيف فاذا لم يكن له عاقلة عاد الى حكم
الاصل قال ✽ وعاقلة المعتق قبيلة مولاه وذلك لان تحمل الدية بالنصرة
وذلك يحصل للمعتق من جهة مولاه وقبيلة مولاه وقد دل على ذلك ايضا قول
عليه السلام مولا القوم منهم وقال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته وقال
الشافعي رضي الله عنه لا يجعلهم لنا انه ولا تناصر به فجاز ان يحمل به الدية كولا العتا
قة والمسلة مبنية على ان الموالاة عقد صحيح وهو ينعقد على العقل والولا
اذا صح العقد ثبت الاحكام المقصودة فان قيل ليست بينهما قرابة فلا يتحمل
كالاجنبي قيل له الاجنبي ان كان شرط القابل به تحمل عنه عندنا كاهل الديوان وان كان
لا ينصره لم يتحمل والفرق بينهما ان وجد النصرة في احدهما دون الاخر قال ✽
ولا تحمل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا وما نقص
من ذلك في مال الجاني وقال الشافعي في احد قوليه العاقلة لا تحمل ما دون النفس وفي قول
اخر تحمل القليل والكثير اما الدليل على انها تحمل ما دون النفس ان النبي عليه السلام

في الخراج موجود وهذا اقرار اهل الارض المغنومة عليها مع كفرهم فلان
العقل يحمل بالتناصر لاجله بدليل انه لا يجب على الصبي والمراة والنصره بالديوان اخص
بدليل انه يوم الجمل خرجت كل قبيلة الى قبيلتها واذا كانت اخص بالنصرة كذلك
بالعقل ولا يلزم الضايع لانهم تناصروا بها لانها قلوا فان قيل معنى يتعلق بالتعصيب
اذا لم يكن من اهل الديوان فوجب ان يتعلق بالتعصيب اذا كان من اهل الديوان
اصله ولاية النكاح والميراث قيل له لا نسلم انه يتعلق بالتعصيب بدليل
ان الصبي والمجنون لهما تعصيب ولا يتحملان وانما يتعلق بالنصرة فاذا لم
يكن ديوان فالنصرة في الاهل واذا كان ديوان فالنصره فيه فكان العقل عليهم
قال ش تؤخذ من اعطياتهم في ثلث سنين وذلك لما روي النخعي ان الدية كانت
على القبايل فلما وضع عمر رضي الله عنه الدواوين جعل على اهل الديوان يؤخذ من
اعطياتهم في ثلث سنين وكان ذلك بحضرة الصحابة فلم ينكره احد قال ش
فان خرجت العطايات في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها وذلك لانها وضعت
في عطياتهم لاجل التخفيف فوجب ان يعتبر وقت خروجها والعطية ما تفرض
للمقاتلة في كل سنة قال ش ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته
يقسط عليهم في ثلث سنين وذلك لما روينا انها كانت على عهد النبي عليه السلم على القبايل
وانما نقلها عمر رضي الله عنه الى الديوان فمن ليس من اهل الديوان كان على الاصل قال ش
لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة او درهم ودانقين ينقص منها وقال الشافعي
يوضع على الغني نصف دينار وعلى المتوسط الحال ربع دينار لنا انه يجب على و
جه التخفيف فلا يجوز ايجاب ما يجحف به لان ما ذكره يؤخذ في الزكوة بنفسه

فلا يتقدر به ما يلزم احاد العاقلة اصله البعير والبقر فان قيل ما لا يقطع فيه
السارق فهو في حكم القليل التافه فلا يتقدر به ما يلزم احاد العاقله قيل له
هذا موضع الخلاف لان عندنا ان ما يحتمل لا يتقدر وانما يتقدر اكثره فلا يزاد
على اربعة لاعتبار التخفيف الا ترى انما يزيد على اربعة في حكم الكثير حتى و
جب في الزكوة بنفسه وقد قال ش اصحابنا جميعهم ان من مات من العاقلة لم
يؤخذ نصيبه من تركته وقال الشافعي يؤخذ لنا ان التحمل انما هو بالنصرة وقد
سقطت النصرة بموته فسقط ما يجب لاجلها فان قيل دين استقر عليه حال حياته
فلا يسقط بموته كساير الديون قيل له لا نسلم انه استقر لان احد علامات الاستقرار
عندنا ان لا يسقط الحق بالموت والمعنى في ساير الديون انها لا تجب على طريق
التبرع فلم يوثر فيها الموت والتحمل يجب على وجه التبرع فاثر الموت في سقوطه
كنفقة ذوي الارحام فان لم يتسع قال ش فان لم يتسع القبيلة لذلك ضم اليها
اقرب القبايل اليهم وذلك لانهم اهل نصرة عند عدة القبيلة فجاز ان يضم الى
القبيله عند قلتها قال ش وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي
كاحدهم وقال الشافعي لا يلزم القاتل شي لنا ما روي ان سلمة بن نعيم قتل رجلا
يوم اليمامه يظنه كافرا وكان مسلما فقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه الدية عليك
وعلى قومك ولان التحمل يثبت لاجل التخفيف عنه فاذا صار كاحدهم فقد وجد
التخفيف فان قيل روي ان النبي عليه السلم قضى بدية المقتولة على عصبة القاتلة
قيل له قال اصحابنا القاتل اذا لم يكن من اهل التحمل لا يدخل في العاقلة والمراة ليست
من اهل التحمل فان قيل ما وجب تحمله على الغير يجب تحمله جميعا كالنفقه وصدقة الفطر

قضى بغرة الجنين على العاقلة تبين ذلك ان حمد بن مالك لما قضى عليهم النبي عليه السلم بالغرة
قال كيف يدي من لا اكل ولا شرب ولان القصاص يجب في عمده وينفرد الدية في خطا
به فاشبه النفس والدليل على انها ما يتحمل ما دون نصف العشر ان القصاص
لا يجب في عمده ولا ينفرد ارشه بنفسه فصار كضمان الاموال فان قيل من حمل كثير
الارش حمل قليله اصله الجاني قيل له وجوب الضمان على الجاني بجنايته هو
مقتضى الاصول ووجوبها على غيره خارج عن الاصول فلا يقال اذا اطرد ما وضع
عليه الاصول يجب ان يطرد ما خرج عن الاصول واذا ان ثبت ما دون نصف العشر
لا يتحمله العاقلة كان في مال الجاني لان الاصل والوجوب عليه في جميع الاحوال الا ان
يثبت التخفيف عنه بالتحمل فما لا يتحمل يكون على الاصل وما يتحمله العاقلة اذا كان
ثلث الدية فما دون فانه يكون في سنة اعتبارا بما يلزم اجاز العاقلة في السنة الاولى
قال ش ولا يعقل العاقلة جناية العبد لما روي عن عمر انه قال لا يعقل العاقلة
عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا قال ش ولا يعقل الجناية التي اعترف بها الجاني
الا ان يصدقوه وقد دللنا على ذلك فاما اذا صدقوه لزمهم لانا اسقطنا عنهم التحمل
للتهمة فاذا صدقوه زالت التهمة فلزمهم قال ش ولا يعقل ما لزم بالصلح وقد
دللنا على ذلك فيما تقدم قال ش واذا جنى الحر على العبد جناية خطا كانت على عاقلته و
قال الشافعي في احد قوليه لا يتحمله لنا ان ضمان نفس ادمي بالقتل فجاز ان يتحمله العا
قلة كالحر فان قيل روى ابن عباس ان النبي عليه السلم قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا قيل له هذا موقوف على ابن عباس ولم دليل من جهة صحة
فان معناه لا يعقل العاقلة جناية العبد الا ترى انه قال ولا عمدا ومعناه جناية

العمد كذلك قوله ولا عبدا معناه جناية العبد فان قيل ما يضمن بالقيمة لا يتحمله العا
قلة كالاموال قيل له الاموال تستوي في ضمانها العمد والخطا فلم يتحملها العاقله والجناية
على العبد خلاف ذلك وقد قال ش اصحابنا ان ما دون النفس من العبد لا يتحمله
العاقله وقال الشافعي في احد قوليه يتحمله لنا انه متلف لا يجب القصاص على الحر به
مع امكان المماثلة فلم يتحمله العاقلة كطرف البهيمة فان قيل من تحملت العاقلة
بدل نفسه تحملت بدل ما دونها كالحر قيل له الحر ما دون النفس منه يجوز ان يجب القصاص
على الحر بقطعه والعبد خلافه

كتاب الحدود

الحد في اللغة عبارة عن المنع ومنه قيل للبواب حداد لاجل المنع الذي يكون منه
وسمي اللفظ الذي يفيد المعنى ويجمعه حدا لانه يمنع من دخول غيره فيه وهو في
الشريعة عبارة عن عقوبة مقدرة يستوفى لحق الله تعالى ولما كانت هذه العقوبة
موضوعة للمنع عن الفعل المنهي عنه سميت حدا ولم يسم القصاص حدا لانه يستوفى
لحق الادمي ولم يسم التعزير حدا لانه غير مقدر قال ش رحمه الله الزنا يثبت بالبينة
والاقرار والاصل في ذلك قوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسايكم فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم وقبل النبي عليه السلم اقرار ماعز بالزنا وكذلك قبل اقرار العامديه ولا
خلاف في ثبوت الزنا بالبينة والاقرار قال ش فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود
على رجل وامراة بالزنا ويسيلهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا ومتى زنا و
بمن زنا فاذا بينوا ذلك وقالوا راينا وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وسال
القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم وهذه الجملة تشتمل على
فصول منها ان الزنا لا يثبت باقل من شهادة اربعة لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة

من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم
لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة وقال النبي عليه السلام لهلال بن امية
لما قذف امراته ائتني باربعة يشهدون والا فحد في ظهرك ومنها ان الامام يسالهم عن صفة الزنا وذلك لان ما دون الزنا يسمى زنا قال النبي عليه السلام العينان
يزنيان واليدان يزنيان والرجلان يزنيان ثم تحقق ذلك الفرج فلا يومن
ان يسمي الشهود مقدمات الزنا فيسالهم زنا عن صفته ليامن ذلك ولا تقيم
الحد بالشك ثم يسالهم متى زنا لجواز ان يكون زنا في وقت متقدم والشهادة
بحد متقدم ولا يقبل على ما بيناه ويسالهم اين زنا لجواز ان يكون زنا في دار
الحرب والمسلم متى زنا في دار الحرب ثم خرج الينا لم يقم عليه الحد لانه لم يكن
الامام عليه يد عند وجوب الحد فصار ذلك شبهة لسقوطه ويسالهم
بمن زنا لانهم اذا لم يعرفوا المزني بها جاز ان يكون امراته او جاريته فاذا
قالوا لا نعرفها صار شبهة في سقوط الحد فاذا بينوا جميع ذلك
سال عن عدالتهم في السر والعلانية لان شهادة على الزنا يعتبر فيها من الاحتياط
ما لا يعتبر في غيرها بدليل انه يعتبر فيها زيادة العدد فلذلك استظهر
في السوال عن عدالتهم وقد قال ش اصحابنا اذا شهد ثلثة بالزنا
ولم يشهد الرابع حد واحد القذف وهو احدى قولي الشافعي وقال في قول اخر
لا حد عليهم لنا ما روي ان ابا بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الحارث شهدوا
على المغيرة بالزنا عند عمر رضي الله عنه ثم قام الرابع وهو زياد بن ابيه فقال رايت
اقداما بادية ونفسا عاليا وامرا منكرا ولا اعلم ما وراء ذلك فقال عمر رضي الله عنه

الحمد لله الذي لم يفضح رجلا من اصحاب رسول الله وحد الثلثة وكان ذلك بحضرة
الصحابة من غير نكير وروي ان ثلثة شهدوا على رجل بالزنا عند علي رضي الله عنه وقال
الرابع رايتهما في ثوب واحد فان كان هذا زنا فهو ذلك فجلد علي رضي الله عنه الثلثة
وعزر الرجل والمراة ولان حد القذف وضع صيانة للاعراض فلو لم يحد
الشهود اذا نقصوا عن اربعة لكان كل من اراد ان يقذف رجلا اتى به عند
الحاكم بلفظ الشهادة وهذا فاسد فان قيل العدد شرط في هذه الشهادة
فنقصانه لا يوجب الحد على الشاهد اصله العدالة قيل له الفاسق لا يرد شهادته
لمعنى مقطوع الامر مظنون وفي مسالتنا ردت الشهادة لفقد شرط مقطوع
به فجاز ان يجب الحد عليهم وقد قال ش والو جاء اربعة متفرقون يشهدون
بالزنا لم يقبل شهادتهم وهم قذفة يحد كل واحد منهم حد القذف قال ش
محمد في رواية ابن رستم يحدون ولو كانوا مثل ربيعة ومضر وقال الشافعي
يقبل شهادتهم لنا ان عمر رضي الله عنه حد الثلثة ولو اعتد بشهادة من يشهد
كان زياد فلما لم ينتظر دل ان الشهادة في مجلس اخر لا يعتد بها ولان الزنا
اختص من بين نوعه بشهادة فوجب ان يكون اجتماع الشهود في مجلس
واحد معتبرا بالنكاح فان قيل كل بينة يجوز قبولها اذا اجتمعت في مجلس
واحد يجوز قبولها اذا افترقت في المجالس كساير الشهادات قيل له ساير
الشهادات لا يلزم الشاهد بشهادته حق فاستوى فيها التفريق والاجتماع
وفي مسالتنا يجب على الشاهد حكم بشهادته اذا انقص العدد فاذا لزمه ذلك
خرج من ان يكون شاهدا فلم يقبل شهادته مع الباقين واما اذا حضر

الشهود في مجلس واحد وجلسوا مجلس الشاهد وقام الى القاضي واحد بعد
واحد فشهد واقبلت شهادتهم لانه لا يمكن اداء الشهادة دفعة واحدة
ولان القاضي لا يفهم عن جماعتهم واذا كان كذلك لم يوجد في الشهادة ما يوجب
كون الشهادة قاذفا فلم يمنع قبول شهادته قال ش والاقرار ان يقر
البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربع مجالس من مجالس
المقر كلما اقر رده القاضي اما اعتبار البلوغ والعقل فلان الصبي والمجنون
ليس لهما قول صحيح واما اعتبار الاقرار بالزنا اربع مرات فهو قول
اصحابنا وقال الشافعي يثبت باقرار مرة واحدة لنا ان ما روي ان ماعزا
كان يتيما في حجر ابي هريرة فاصاب جارية من الحي فقال له ابو هريرة ايت
النبي عليه السلام فاخبره بما صنعت لعله يستغفر لك فاتى النبي عليه السلام وقال اني زنيت
فاقم علي حد الله سبحانه وتعالى فاعرض عنه ثم عاد فاقر فاعرض عنه النبي عليه السلام
الى ان عاد فاعرضا فقال النبي عليه السلام اقررت اربعا فمضى ولو كان الحد يجب
باقرار مرة واحدة لم يجز تاخيره تبين ذلك ان النبي عليه السلام قال ما ينبغي لوالي حد
اتي بحد من حدود الله سبحانه وتعالى الا اقامه وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه
قال لماعز لما اقر ثلث مرات ان اقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فدل على ان تعلق الحد باقرار اربع مرات امر اشتهر عندهم ولانه سبب
يتعلق بحد الزنا فاعتبر فيه العدد كالشهادة فان قيل روي في قصة العسيف
ان النبي عليه السلام قال اغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها قيل له
النبي عليه السلام لا يفوض اقامة الحد الا الى من يعرف الاحكام وقد كان استقر

في الشريعة اعتبار العدد في الاقرار فوكله الى علمه ولهذا لم يبين له التصريح
بالاقرار ولم يبين له لعلمها الرجوع واسقاط الحد عنها اذا رجعت بعد الاقرار
وان كان ذلك واجبا فان قيل كل حكم تعلق بالاقرار بالزنا يعتبر فيه اقرار مرة
واحدة اصله سقوط الحد عن القاذف قيل له ما يوثر في اسقاط الحد بخلاف
ما يوجبه ويثبت به لان ما يسقط الحد اقوى في الثبوت ما بينه الا ترى ان الحد
يسقط بالرجوع الذي ليس بصريح ولا يثبت الا بصريح الاقرار ولهذا لما
هرب ماعز قال النبي عليه السلام هلا خليتم سبيله فجعل مجرد الفعل رجوعا وايضا
فلو رجع الزوج عن القذف مرة واحدة سقط اللعان ولا يثبت الحد الا بتكرار
اللعان اربع مرات واما اعتبار تكرار الاقرار في مجالس مختلفة خلاف
ما قاله ابن ابي ليلى فلان ماعزا لما اقر عند النبي عليه السلام اعرض عنه فخرج من
المسجد ثم عاد فاقر حتى اقر اربع مرات يخرج في كل مرة ولان الاقرار
اذا تكرر في مجلس واحد فهو بمنزلة اقرار واحد بدليل من اقر لرجل الف
درهم في مجلس ثم اقر له في ذلك المجلس بالف انه يجعل احدهما هو الاخر فاعتبر
المجالس المختلفة لذلك قال ش كلما اقر رده القاضي وذلك لما روي
ان النبي عليه السلام رد ماعزا في كل اقرار وكذلك روي في قصة الغامدية انه ردها
في الاقرار قال ش فاذا تم اقراره اربع مرات ساله عن الزنا ما هو وكيف
هو واين زنا وبمن زنا فاذا بين ذلك لزمه الحد انما سواله عن الزنا فلان النبي عليه السلام
قال لماعز لعلك لمست لعلك قبلت لعلك باشرت فلما ذكر ماعز النون
والكاف قبل اقراره ولان الانسان قد يظن ان الوطي اذا كان محرما زنا

فيجب سؤال المقر احتياطًا واما سؤاله عن مكان الزنا فلجواز ان يكون زنا
في مكان لا يجب عليه الحد فيه مثل دار الحرب واما سؤاله عن المزني بها فلان
النبي عليه السلام قال لماعز الان اقررت اربعًا فبمن ولانه يجوز ان يكون وطئ
من لا يجب الحد بوطيه كجارية الابن والجارية المشتركة فيساله ليتحقق ما
يجب به الحد قال رحمه الله فان كان الزاني محصنًا رجمه بالحجارة حتى يموت
والاصل في ذلك ما روي عن النبي عليه السلام رجم ماعز بن مالك ورجم الغامدية
وروي زيد بن خالد الجهني ان النبي عليه السلام جاءه رجل فقال ان ابني كان
عسيفًا على هذا وانه زنا بامراته فافتديته بمائة شاة فاستفتيت قومًا
من اهل العلم فقالوا على ابني الحد فقال النبي عليه السلام اما المائة شاة فرد عليك
واما ابنك فعليه جلد مائة واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت
فارجمها وانما وجب عليها الرجم لما كانت محصنة ولا خلاف في ذلك بين الامة الا ما
روي عن الخوارج ان الحد كله الجلد ولا رجم فيه وانما قالوا بذلك لانهم لا يقبلون
اخبار الاحاد قال رحمه الله يخرجه الى ارض فضاء وذلك لما روي في حديث ابي سعيد
قال لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا به الى البقيع فوالله ما اوثقناه
ولا حفرنا له ولكن قام لنا فرميناه قال رحمه الله يبتدي الشهود برجمه
ثم الامام ثم الناس فان امتنع الشهود من الابتدا سقط الحد وقال الشافعي
بداية الشهود ليس بشرط لنا ما روي ان عليًا رضي الله عنه حين رجم شراحة
الهمدانية قام فخطب فحمد الله ثم قال ايها الناس انما الرجم رجمان رجم سر
ورجم علانية فرجم السر ان يشهد عليه الشهود فيبدا الشهود فيرجمون

ثم يرجم الامام ثم الناس ورجم العلانية ان يشهد على المراة ما في بطنها فيبدا الامام
يرجمها ثم يرجم الناس الا واني لراجم ولا يرجموا ثم تقدم فرماها بحجر فما اخطا
اصل اذنها وكان من اصوب الناس رمية وكان ذلك بحضرة الصحابة من
غير خلاف وهو ايضًا مما يخالف القياس فيحمل على التوقيف ولان في بداءة
الشهود ضرب من الاحتياط الا ترى انهم لو كانوا كذبوا في الشهادة
استعظموا النفس فرجعوا والرجم يعتبر فيه الاحتياط فان قيل حد
يجب استيفاؤه فلا يجب على الشهود والامام البداية كالجلد قيل له
قد اعتبر في الرجم من الاستظهار ما لم يعتبر في سائر الحدود بدلالة وقوفه
على شهادة اربعة فكذلك يجوز ان يقف على بداية الشهود ولان الجلد و
سائر الحدود يقف ايضًا على مستوفي مخصوص وهو اختيار الامام
لمن يحسن ... فكذلك في مسئلتنا يجوز ان يقف على مستوفي
مخصوص وما ذلك الا الشهود لما ذكرناه قال رحمه الله فان امتنع الشهود
من الابتدا سقط الحد وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يسقط
ولكن يرجم الامام ثم الناس وجه قولهما ان بداية الشهود شرط فاذا امتنعوا
او امتنع بعضهم من غير عذر صار ذلك شبهة لجواز ان يكونوا عرفوا
ان الحد غير مستحق فلم يجز اقامة الحد مع الشبهة وجه قول ابي يوسف
انه حد فلا يشترط مباشرة الشهود كالجلد الجواب ان الجلد لا يحسنه كل واحد
فلو يوقف على فعل الشهود يسقط والرجم يحسنه كل واحد فلم يكن في تعليقه
بالشهود ابطال وقد قال ابو حنيفة ايضًا ان مات الشهود سقط الرجم

لجواز ان لو كانوا احياء رجعوا عن الشهادة فصار ذلك شبهة وعلى هذا
ايضًا اذا عمي الشهود او حدوا او صاروا على حال لا تقبل شهادتهم سقط الحد
لان الطاري على الحدود قبل الاستيفا بمنزلة الموجود في الابتدا بدلالة رجوع
الشهود فصار كانهم شهدوا على هذه الصفة فلا يستوفي بشهادتهم قال رحمه الله
كان مقرًا ابتدا الامام ثم الناس لما ذكرنا في خبر علي رضي الله عنه عليه ويغسل ويكفن
ويصلى عليه وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال في المرجوم لقد تاب توبة
لو تابها صاحب مكس لغفر له ولقد رايته ينغمس في انهار الجنة ولان اقامة الحد
عليه لا تخرجه من الاسلام فصار كسائر المسلمين قال رحمه الله فان لم يكن محصنًا
وكان بكرًا فحده مائة جلدة وذلك لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل
واحد منهما مائة جلدة وهو عام قال رحمه الله يامر الامام بضربه بسوط
لا ثمرة له ان يضرب متوسطًا وذلك لان الثمرة اذا ضرب بها كان ضربه
ضربتين ولا يجوز الزيادة في قدر الحد وانما اعتبر الضرب المتوسط
فلان النبي عليه السلام امر الجلاد ان لا يبدي ابطه ولان الضرب المبرح ربما ادى الى
التلف وذلك غير مستحق عليه والضرب الضعيف لا يوثر ولا يبقى به
المقصود فلذلك اعتبر الوسط قال رحمه الله ينزع عنه ثيابه وذلك لان
المقصود وصول الالم اليه وذلك ابلغ في وصول الالم وقد قالوا ايضًا
يجرد في التعزير لما ذكرناه وقد قالوا ان اشد الضرب يكون في
التعزير ثم حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف اما التعزير فلان
المقصود منه الزجر فاذا لم يمكن الزيادة في عدده وجب الزيادة

بعلم
في الم ذلك لا يجب الحد مع الشبهة قال رحمه الله ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر
من النبيذ او شربه طوعًا وذلك لان السكر قد يكون من غير الشراب وذلك
لا يوجب الحد وانما يجب الحد اذا كان مع النبيذ فلا بد ان يعرف فما لم يعرف
لا يجب الحد بالشك واذا عرف انه من النبيذ فلا بد من العلم بانه شربه طوعًا
لانه لو اكره على الشرب فسكر لم يجب عليه الحد فاذا لم يعلم ذلك لا يلزمه الحد
قال رحمه الله ولا يحد حتى يزول عنه السكر وذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه
اتي بسكران فحبسه فلما صحا حده ولان المقصود بالجلد ايصال الالم
اليه لينزجر عن ذلك والسكر يمنع الاحساس بالالم فلا يوجد المقصود
بالحد معه فوجب تاخيره الى حال يوجب المقصود وقد قال رحمه الله ابو حنيفة
ان السكر الذي يجب به الحد ان لا يعرف السما من الارض والرجل من المراة
وقال ابو يوسف ومحمد اذا اختلط اكثر كلامه وجه قول ابي حنيفة ان الله
تعالى نهى السكران عن الصلوة حتى يعلم ما يقول فدل انه ما دام يعلم فحكمه حكم غيره
وجه قولهما انه اذا اختلط اكثر كلامه صار بمنزلة المجنون قال رحمه الله
وحد الحر في السكر والخمر ثمانون سوطًا وقال الشافعي اربعون فان
نقص الامام عليها جاز وان ضم اليها اربعين على طريق التعزير جاز
دليلنا ما روي ان ابا بكر رضي الله عنه جلد في الخمر اربعين وجلد عمر رضي الله عنه
ايضًا اربعين ثم جاء خالد وهو في المسجد فاخبره ان الناس قد انهمكوا
في الشرب فاستشار الصحابة الذين حوله رضي الله عنهم في الحد فقال
علي رضي الله عنه يا امير المؤمنين ثمانين جلدة انه اذا شرب سكر واذا

سكر هذا واذي هذا افترى وحد المفتري ثمانين فعمل بقوله و
اشار ايضا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه بذلك وقال نجعله كاخف الحدود
واخفها ثمانون وهذا اجماع منهم لا يجوز مخالفته ولم يخالف بعد
ذلك احد من الفقها الا الشافعي فان قيل كان ابو بكر رضي الله عنه مخالفا لانه
جلد اربعين قيل له ليس بمخالف لان الذي روي عنه انه جلد بجريد
او بنعلين فلم يختلف العدد وانما اختلف الصفة وعلى ان الذي روي عن
ابي بكر رضي الله عنه الفعل والاجماع انما ينعقد بانقراض العصر ولم ينقرض
حتى اجمعوا من طريق القول على خلافه وقد روى ابو سعيد الخدري
ان النبي عليه السلام جلد في الخمر بنعلين اربعين اربعين فجعل عمر رضي الله عنه
مكان كل نعل سوطا فهذا تبين ان العدد لم يختلف وانما اختلفت
الصفة ولان الاربعين قد جعلت حدا في العبد لنقصانه فلا يكون نفسها
حدا في الخمر كالخمسين فان قيل روي ان النبي عليه السلام جلد اربعين و
ابو بكر رضي الله عنه اربعين وعمر اربعين ثم استشار الصحابة وجعله
ثمانين ولا يجوز ان يفعل عمر غير ما تقرر عليه الشرع قيل انه زاد
عليه على طريق التعزير لان ذلك موكل الى راي الامام قيل له هذا لا
لان النبي عليه السلام لا يجوز ان يكل الحدود الى الاجتهاد فلا بد ان يكون قد صار
عددا مقدرا فالرجوع الى علمه اولى من الرجوع الى من لا يعلمه وقد
بينا ان ابا سعيد روى ان النبي عليه السلام ضرب بنعلين اربعين اربعين
وايضا فان الحدود لا يضم اليها التعزير الا اذا وجد سببه فدل

ان النبي عليه السلام قال من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها فقيل له قد ذكرا بو داود
عن ابن عباس قال ليس على من اتى بهيمة حد ولا يجوز ان يسمع من النبي
عليه السلام انه اوجب الحد ويقول لا حد فدل على ضعف الخبر ويحتمل ان يكون
النبي عليه السلام قال ذلك في المستحل واجاب ابن عباس في غير المستحل قال ‌ث
ومن زنا في دار الحرب او دار البغي ثم خرج الينا لم يقم عليه الحد لان الامام
لم يكن له عليه يد في وقت وجوب الحد فصار ذلك شبهة في سقوطه ٥
وقد قالوا اذا اقر الرجل انه زنا بامراة غايبة ان القياس ان لا يحد لان
المراة لو حضرت جاز ان يدعي عليه شبهة يسقط الحد عن المقر فلم
يجز استيفا الحد مع تجويز الشبهة والاستحسان ان يحد لان
النبي عليه السلام لما اقر عنده ماعز بالزنا رجمه من غير حضور المراة بها فان حضرت
المراة فانكرت ان يكون زنا بها قال ابو حنيفة له مع انكارها لا حد عليه
وقال زفر وابو يوسف ومحمد عليه الحد وهو قول الشافعي وجه قول
ابي حنيفة انه لا يخلو اما ان يجعله زانيا بها او بغيرها ولا يجوز ان
يجعله زانيا بها مع انكارها ولا يجوز ان يجعله زانيا بغيرها لانه خلاف
ما اقر به فلم يبق الا اسقاط الزنا وجه قولهم ما روي في حديث سهل بن
سعد ان رجلا اقر عند النبي عليه السلام انه زنا بامراة فانكرت المراة فحده
النبي عليه السلام قلنا يحتمل ان يكون انكرت وطالبت بحد القذف
فحده كذلك هذا الوجه للخبر مع ضعفه فان قيل سقوط الحد عن
احد الواطيين لا يوجب سقوطه عن الاخر كما لو زنا بمجنونة

او صغيرة قيل له الحكم بالوطي في حقها لم يصدق عليها ولم يكن فاثبتناه
في حقه فبطله

باب حد الشرب

قال ومن شرب الخمر واخذ وريحها موجودة فشهد الشهود بذلك
او اقر فعليه الحد وذلك لان شرب الخمر سبب للحد والاسباب الموجبة
للحد يثبت بالشهادة ويثبت بالاقرار الدليل عليه الزنا والقذف
الا انه لا يقبل الشهادة مع عدم ريحها وذلك لان الشهادة يكون بحد
متقدم وقد دللنا على الشهادة لا يقبل بحد متقدم قال ‌ث فان اقر
بعد ذهاب ريحها لم يحد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحد وجه قولهما ما روي ان رجلا اقر بشرب الخمر عند ابن
مسعود فقال ثم بروه من مرة ثم استكهوه فجاز ان يوكد الاقرار
به فامرنا بدا اصله حد الزنا وليس هاهنا ما يوكد به الا بعا الايراجة قول
محمد ان المقر لا يلحقه التهمة فيما يقر به على نفسه فلم يوثر التاخير في اقرا
ره كحد الزنا قال ‌ث ومن سكر من النبيذ حد وذلك لما روى ابا هر
يره عن النبي عليه السلام انه قال اذا سكر احدكم فاجلدوه ثم اذا سكر فاجلدوه
ثم اذا سكر فاضربوا عنقه فاوجب الحد بالسكر وهذا انما يكون
في غير الخمر لاجماعهم ان الحد في الخمر يجب بنفس شربه فالحد يجب
في السكر من الاشربة غير الخمر وانه اذا شرب ما دون السكر
فيها لا يوجب الحد ولا حد على من وجد منه رايحة الخمر او من يقاها
لجواز ان يكون شربها مكرها او اجرها والحد يجب اذا شربها طوعا

بالحال بالشهادة بدليل ان لو جعلناه قاذفا من وقت الشهادة اوجبنا
الحد على بقية الشهود الا ترى لو شهد ثلثة مع القاذف وجب الحد عليهم
بالاتفاق فدل على انا جعلناه قاذفا في الحال بالقول السابق ٥ ومن قذف ميتا
لزمه الحد فان قيل لو جعلناه قاذفا في الحال لم يجب عليه الحد لانه قذف
من حكم الحاكم برجمه فصار كما لو قذفه غير الشاهد قيل له غير الشاهد
اذا قذفه لا يوثر قذفه في الشهادة فبقيت حالها فسقط عنه الحد
بقذفه من حكم برجمه وليس كذلك الشاهد لان في زعمه انه كذب في شها
دته ولان المشهود عليه على احصانه فقبل قوله على نفسه وجه قول زفر
ان الشاهد برجوعه معترف باحصان المقذوف فلا يجوز ان يجعل صفه
له بالعفة قذفا فلم يبق الا ان يكون قاذفا بالشهادة ٥ ومن قذف حيا ثم مات
سقط عنه الحد على اصلنا ان الحد لا يورث ٥ واما الزوج فيه ربع الدية
فالاصل فيه ان المعتبر لمن بقي على الشهادة وقد بقي على الشهادة من
يثبت بشهادته ثلثة ارباع الحق والربع متلف بشهادة الراجع فلزمه
ربع الدية فكذلك لو كان الشهود خمسة فرجع واحد بعد الاستيفا
فلا شي عليه لما كان يشهد به مستحق لشهادته غيره فلم يوثر رجوعه
وقد قالوا لو كانوا الشهود ستة فرجع ثلثة منهم ضمنوا ربع الدية
وقال الشافعي في احد قوليه نصف الدية وهذا لا يصح لما بينا ان المعتبر في
الضمان عند رجوع بعض الشهود من بقي على الشهادة الا ترى انه لو رجع
في مسالتنا اثنان لم يضمنا لما بقي على الشهادة من يثبت الزنا بشهادته

وقد بقي في مسالتنا من يثبت بشهادته ثلثة ارباع الحق والربع متلف
بشهادة الراجعين فلزمه ذلك فلزمه ذلك دون غيره فان قيل لو رجعوا
جميعا كان الضمان عليهم اسداسا فاذا رجع احدهم لزمه من الضمان عند
الانفراد ما كان يلزمه عند الاجتماع على الرجوع اصله اذا شهد اربعة
فرجع احدهم قيل له اذا رجع جميعهم فقد تساووا في الاتلاف فتساووا
في الضمان فاما اذا رجع احد الاربعة فلم يلزمه الربع اعتبارا بما يلزمه
في حال الانفراد وانما لزمه لانه بقي على الحق من يثبت بشهادته ثلثة
ارباعه فضمن الراجع ما بقي فكذلك في مسالتنا **قال ش** وان نقص
عدد الشهود على اربعة حدوا وقد بينا ذلك **قال ش** واحصان
الرجل ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما وقد تزوج امراة نكاحا صحيحا
ودخل وهما على صفة الاحصان اما اعتبار الحرية فلان الاحصان
الحرية بدليل قوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على
المحصنات من العذاب يعني فعليهن نصف ما على الحراير واما اعتبار
البلوغ والعقل فلقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم
وعن المجنون حتى يفيق ولان الحد عقوبة وليس الصبي والمجنون من
اهل العقوبة واما الاسلام فهو شرط في الاحصان عند اصحابنا
وعن ابي يوسف انه ليس بشرط وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة
ومحمد رضي الله عنهم ما روي ابن عمر ان النبي عليه السلام قال من اشرك بالله فليس
بمحصن ولان احصان الرجم اكثر شرايط من احصان القذف والاسلام

قوله وهما على صفة الاحصان اي الزوجان وصفة الاحصان ... الدخول ... هذا الكلام ... شرايط الاحصان ... الدخول ... حتى يصح قوله عند الدخول ... الاحصان

شرط في احصان القذف فلان يعتبر في اغلظ الاحصانين فاعتباره في اقوا
هما اولي اذا كان يمكن اعتباره ولا يلزم العفة لانه لا يتصور وجودها
في الزاني ولا يصح شرطها في رجمه وجه قول ابي يوسف ما روي ابن عمر
ان النبي عليه السلام رجم اليهوديين الجواب انه رجمهما قبل كون الاحصان
شرطا بدليل انه عليه السلام لم يسال عن احصانهما ولان ابن عمر رضي الله عنه
قال من اشرك بالله فليس بمحصن فدل على انه عرف هذا الحكم فان قيل
الرجم عقوبة والكافر داخل في العقوبات من المسلم قيل له لا يمتنع ان يختلفا
كما اختلفا في حد الشرب وأما اعتبار التزويج فلان الاحصان
يعبر به عن النكاح بدليل قوله تعالى والمحصنات من النسا والمراد به
ذوات الازواج واذا كان الاسم يتناوله وجب اعتباره وأما اعتبار
النكاح الصحيح فلان الفاسد لا يبيح الوطي وأما اعتبار الدخول بها
فلقوله عليه السلام الثيب بالثيب الجلد والرجم والثيب عبارة عن الواطي
وعن الموطوة وأما اعتبار الدخول بها وهما على صفة الاحصان فلان كل
وطي يوجب الاحصان لاحد الواطيين لا يوجبه للاخر اصله وطي المملو
كة هذا هو المشهور من المذهب وقد روي عن ابي يوسف انه لا يعتبر
الدخول وهما على صفة الاحصان ووجه ذلك ان الحر المسلم اذا و
طي الامة والكافرة فقد كملت شرايط الاحصان فيه ففقدها من الموطوة
لا يمنع من وجوب الحد على الواطي **قال ش** ولا يجمع في المحصن
بين الجلد والرجم وقال اهل الظاهر يجلد المحصن ثم يرجم لنا ما روي

ان النبي عليه السلام رجم ماعزا ولم يجلده ولان الجلد حد بنفسه فلا يضم الى الرجم
كالقطع فان قيل روي في حديث عبادة ان النبي عليه السلام قال البكر بالبكر
جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب الجلد والرجم قيل له معناه الجلد
تارة والرجم اخرى تبين ذلك ان الثيب على ضربين ثيب محصن وثيب غير
محصن فبين عليه السلام حد الثيب في الحالين يؤكد ذلك ان النبي عليه السلام قال
في قصة العسيف واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها
ولم يذكر جلدها **قال ش** ولا يجمع في البكر من الجلد والنفي الا ان
يري ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يري الامام على وجه التعزير وقال
الشافعي ينفيه سنة على وجه الحد ويستوي في ذلك الرجل والمراة وفي
المملوك قولان لنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة
جلدة ظاهر الاية انه جميع الحد فمن قال انه بعض الحد فقد خالف الظا
هر ولان ما ثبت بنفسه حدا في قاطع الطريق لا يضم الى الجلد في الزنا
على طريق الحد كالقطع فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال البكر بالبكر جلد
مائة وتغريب عام قيل له هذا الخبر متقدم على الاية فنزلت الاية ناسخة
له تبين ذلك ان النبي عليه السلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا وكانت الاية نزلت بعدها فاخذوا
عن القران وكل شي روي عن الصحابة رضي الله عنهم انهم غربوا فهو محمول
على انهم فعلوه على وجه التعزير كما روي ان النبي عليه السلام نفى هيت المخنث
ونفى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه نصر بن الحجاج لان امراة شببت بذكره
لما راي في ذلك من المصلحة وقد روي عن علي عليه السلام كفى بالنفي فتنة يريد

لما راي فتنة **قال ش** واذا زنا المريض وحده الرجم رجم فان كان
حده الجلد لم يجلد حتى يبرا وذلك لان من حده الرجم لا معنى لتخصيص
الاحوال في حقه لما كان المقصود اتلافه فاما من حده الجلد ولو
ضربناه حال المرض لم يامن ان يودي ضربه الى التلف وذلك غير مستحق
بالجلد ولهذا لا يجلد في الحر الشديد والبرد الشديد لخوف التلف
قال ش واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها وذلك لما روي ان
الغامدية لما اعترفت بالزنا وهي حامل قال لها النبي عليه السلام اذهبي حتى تضعي
وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه هم برجم حامل فقال له معاذ رضي الله عنه ان يكن لك عليها
سبيل فلا سبيل لك على ولدها **قال ش** فان كان حدها الجلد لم تحد حتى تتعالى من
نفاسها لان النفاس مرض وقد بينا ان المريض لا يجلد حتى يبرا **قال ش**
واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يقطعهم عن اقامته بعدهم
عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وقال الشافعي يقبل شها
دتهم وعلى هذا الخلاف في حد الشرب دليلنا ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه
انه قال ايما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا عند حضرته فهم شهود
ضغن لا يقبل شهادتهم ولا يجي القول ولانه لا يعلم من طريق القياس فيحمل
على انه قاله توقيفا ولان الشاهد مخير بين الحسبة على المشهود عليه وبين اقامة
الشهادة او هو مندوب الى الستر فاذا امسك عن اقامته وهو الحضر فا
الظاهر انه اختار الستر الذي هو الاولى عنده فاذا شهد بعد ذلك فالظا
هر انه لم يترك المندوب والاولى الا لامر حمله على ذلك فاتهم في شهادته

وصار شبهة فيها فلم يقبل ولا يلزم على هذا حد القذف لان الشاهد ليس بخصم
فيه وانما يشهد عن مطالبة المقذوف وفي التاخير انما هو لترك المطالبة ولا
يلزم اذا اخر الشهادة لعذر من مرض او لبعد المسافة لان الظاهر
انهم يوقفوا القدرة على اقامة الشهادة ولا يشبه هذا اذا اقر بحد متقدم
ولان المقر غير متهم على نفسه ولم يوثر التاخير والشهادة يوثر فيها التهمة
وفي التاخير تهمة من الوجه الذي بيناه فان قيل ان الشهادة قبلت مع تقادم
الزمان قلنا مع تباعده اصله الشهادة بالسرقة قيل له الشهادة بالسرقة
ص الخصم فيها المدعي فلا يجوز ان يشهد واقل دعواه فلم تلحقهم تهمة بالتا
خير وفي مسالتنا الشهود هم الخصوم فيه الا ترى انه لا يفتقر الى مدعي فاذا
اخروا من غير عذر صارت شبهة ٥ وقد قال ش ابو حنيفة رضي الله عنه
انه لا يتوقت التقادم ٥ وروي عن الحسن سنة ٥ وقال ابو يوسف ومحمد شهر
وجه الرواية الاولى عن ابي حنيفة ان التقادم يختلف باختلاف الاحوال
والاعذار فوقف على الاجتهاد فيما تعذر من ذلك تفريطا في الرواية الاخرى
لا بيان في هذه الا به جعل السنة تقادما وهذا الاسم اي يكون مادونها
كذلك وجه قولهما ان الشهر في حكم الكثير بدليل انه يجعل في العادة
اجلا للديون فجاز ان يقدر به التفريط في التاخير قال ش واذا
ومن وطي امراة اجنبية فيما دون الفرج عزر وذلك لانه اتى منكرا
ليس فيه حد فلزم فيه التعزير وانما قلنا انه لا حد فيه لانه ليس زنا
بدليل ان النبي عليه السلام لما اقر عنده ماعز بالزنا لم يفسره عن صفة

الزنا حتى قال كالميل في المكحلة وكالرشا في البير فدل على ان الزنا ما كان في الفر
ج وما ليس بزنا لا يجب فيه الحد قال ش ولا حد على من وطي جارية ولده
او ولد ولده وان قال علمت انها حرام اما جارية ولده فلانها على حكم ملكه
فصارت كجاريته فلا يجب الحد وان علم بتحريمها وكذلك ولد ولده لان
بنيه اولاد فصارت كجارية الولد وعلى هذا كل موضع كانت فيه الشبهة
المسقطة للحد في الموطوءة فلا فرق بين ان يعلم بالتحريم او لا يعلم لوجود
الشبهة في الحالين ومن ذلك الجارية المبيعة اذا وطيها البايع قبل القبض
والجارية المتزوج عليها اذا وطيها الزوج قبل القبض والمطلقة طلاقا
باينا في العدة والجارية بين شريكين واما اذا كانت الشبهة في الفعل
فقال ظننت انها تحل لي لم يحد وان قال اني علمت انها حرام فلانه يحد
لان الشبهة غير موجود مع علمه بالتحريم قال ش واذا وطي
جارية ابيه او امه او زوجته او وطي العبد جارية مولاه وقال علمت انها
حرام حد وان قال ظننت انها تحل لي لم يحد وذلك لان الشبهة في هذه
المسايل في الفعل وهو ان الابن يبسط في مال ابيه وياكل من طعامه فيجوز
ان يشتبه عليه الوطي وكذلك يبسط في مال امه وكذلك يتبسط في مال زوجته
ويستخدم امتها وينتفع بمتاعها فيجوز ان يشتبه الوطي عليه وكذلك
العبد يتبسط في مال مولاه بالاكل والاستعمال فيجوز ان يشتبه عليه بالوطي
ومن ادعى شبهة واسندت دعواه الى ظاهر قبلت دعواه واما اذا
قال علمت انها حرام فلا يشتبه به في الفعل ولا في الموطوءة فلزمه الحد

وهذه المسايل سبعا قد ذكر منها اربعة ومن جملتها اذا طلق الرجل امر
اته ثلاثا ثم وطيها في العدة وقال ظننت انها تحل لي لم يحد لان العدة من
احكام الملك لم يجب الحد فيجوز ان يشتبه عليه ان حكم الملك بمنزلة الملك
في اسقاط الحد ٥ ومن ادعى شبهة يستند الى ظاهر قبلت دعواه فان
قال قد علمت انها لا تحل لي حد لانه لا ملك له ولا شبهة في الفعل فان قيل
لم لا يجعل اختلاف الناس في وقوع الطلاق سببا في سقوط الحد قيل له
هذه المسالة عندنا ليسوغ فيها الاجتهاد فلا يتعلق بالخلاف فيها
حكم ولهذا قالوا لو وطيها بعد انقضا العدة وقال ظننت انها تحل لي
حد ولو كان الاختلاف حكم لم يجب الحد ٥ ولو كان طلقها واحدة باينة
ثم وطيها في العدة لم يحد وان قال علمت انها علي حرام لان السلف اختلفوا
في الواحدة الباينة هل يزيل الملك ام لا والاختلاف في ذلك يوجب اختلافا
في الفعل هل هو زنا ام لا فيمنع ذلك من وجوب الحد ٥ ومن جملة المسايل
السبعة ايضا اذا وطي ام ولده وهي معتدة منه ومنها الجارية المرهونة
ذكر في كتاب الرهن انه لا حد عليه اذا قال ظننت انها تحل لي لانها
محبوسة للاستيفا فاشبه الجارية المبيعة في يد البايع وذكر في
كتاب الحدود انه يحد لانه لا ملك له فيها ولا حق ملك وانما له حق الاستيفا
فاشبه الغريم اذا وطي الجارية للميت انه يحد وان قال ظننت انها
تحل لي قال ش ومن وطي جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها
حلال حد وذلك لانه لا شبهة له في الموطوءة ولا في الفعل ايضا الا ترى

انه لا يتبسط له في مال هولا والحد انما يسقط بالشبهة ولم يوجد ٥
قال ش ومن زفت اليه غير امراته وقلن النسا انها زوجتك فوطيها
فلا حد عليه وعليه المهر وذلك لان الانسان انما يعرف زوجته بالمشاهدة
او بالاخبار وفي هذه الحال لا طريق له الى معرفتها بالمشاهدة فوقف على الاخبار
وقد اخبر انها زوجته فسقط الحد لما استندت الشبهة الى ظاهر
واذا سقط الحد لزمه المهر لان الوطي التام في ملك الغير لا يخلو من حد او مهر
وقد سقط الحد فلزم المهر ٥ قال ش ومن وجد امراة على فراشه
فوطيها فلزمه الحد وذلك لان وجود المراة في بيته وعلى فراشه ليس بشبهة
الا ترى انه قد يكون في بيته امه واخته والاجنبية والشبهة اذا لم يستند
الى سبب ظاهر لا يعتد بها كما لو وجد امراة في غير داره نايمة عليها ثياب
زوجته وقال الشافعي لا حد عليه لانه وطي يتعلق به تحريم المصاهرة ولا
يتعلق به الحد اصله بالعقد الفاسد قيل له الوطي بالعقد الفاسد
استند الى سبب لو كان صحيحا اباح الوطي فاذا كان فاسدا اسقط الحد
مع التفريط وفي مسالتنا لم يستند الى سبب فلم يسقط الحد مع التفر
يط في الاستعلام ٥ وقد قال ش في رجل دخل الى بيته فدعا جارية له
لاصابته امراة اجنبية حرة وهو لا يراها فقال ظننتها امتي انه
يحد ولا يصدق لانه كان يمكنه ان يتوصل الى معرفتها بالمشاهدة فلم
يكن له عذر في وطيها بجواب قال ش ومن تزوج امراة لا يحل
له نكاحها فوطيها لم يجب عليه الحد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة

وسوا عنده اتفق على تحريمه او اختلف فيه علم الواطي بالتحريم اولم يعلم
وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد اذا تزوج نكاحًا مجمعًا على تحريمه
محرمه كانت المراة او غير محرمة والواطي يعلم انها حرام فليس ذلك شبهة
وعليه الحد اذا وطي وان كان لا يعلم فلا حد عليه وبه قال الشافعي والكلام
في هذه المسلة يقع في ثلثة مواضع احدها ان هذا الوطي لا يسمى زنا الثاني
في نفس المسلة والثالث في ان مجرد العقد شبهة والرابع في وطي امته
اذا كانت ذات محرم منه والدليل على ان هذا الوطي لا يسمى زنا لان العرب
كانت تشاهد المجوس يتزوجون بذوات ارحامهم ولا يسمونه زنا
ولا اولادهم اولاد الزنا ولانا نقر الكفار على هذا الوطي ولو كان زنا لم نجيز
اقرارهم عليه واذا ثبت انه ليس بزنا لم يجب به الحد والدليل في نفس
المسلة هذه انه وطي لو وجد من الكافر لم يوجب الحد فاذا وجد من
المسلم لم يوجب الحد اصله اذا تزوجها بشهود فان قيل الذمي يعتقد
اباحة هذا الوطي والمسلم يعتقد تحريمه فافترقا قيل له اعتقاد الاباحة
لا يسقط الحد الا اذا وجد سبب موثر بدليل ان من اعتقد اباحة الزنا
من الكفار لا يسقط الحد عنه ومن اعتقد اباحة الخمر لم يسقط الحد
عنه وكذلك اعتقاد التحريم مع وجود سبب موثر في الحد لا
يتعلق به الحد بدليل وطي الاب جارية ابنه ووطي احد الشريكين ووطي
المولى جاريته المجوسية او الحايض او ذوات الزوج والدليل على ان العقد
في نفسه شبهة ان العقد والملك كل احد منهما سبب الاباحة

فاذا كان الملك اذا وجد غير مبيح في الجارية المشتركة والمجوسية كان شبهة
فكذلك العقد اذا وجد غير مبيح ولان العقد اخص بالاباحة لانه لا يوجد
الا مبيح والملك يوجد غير مبيح فاذا كان الملك شبهة فالعقد اولى والدليل
على انه اذا ملك اخته من الرضاعة فوطيها لم يجب عليه الحد انه وطي في ملك
لم يتعلق به كوطي الجارية المشتركة والمكاتبة والحايض ووجه قولهما
انه وطي محرم على التابيد في غير ملك مجمع على تحريمه فيتعلق به الحد
كالزنا واما اذا كان لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه عندهما لان الشرعيات لا يثبت
حكمها الا بالسمع فاذا لم يعلم بالتحريم لم تجب الحد وقد روي ان رجلًا كان
ضيفًا لاهل بيت بالحيرة بالليل فاصبح تحدث انه زنا بربة البيت
فكتب فيه الى عمر رضي الله عنه ان كان يعلم ان الله تعالى حرم الزنا فاجلدوه وان
كان لا يعلم فعلموه وان عاد فاجلدوه واما اذا كان النكاح بما يختلف
فيه الفقها مثل نكاح بغير الولي وبغير شهود وما اشبه ذلك فلا حد فيه
وان كان عند الواطي انه محرم في قولهم اذا كان بعض الفقها يجيزه فهو
شبهة لانه اجتمع الموجب والمسقط فكان الحكم للمسقط قال
ومن اتى امراة في الموضع المكروه وعمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند
ابي حنيفة ويعزر وقال ابو يوسف ومحمد هو كالزنا وقال الشافعي في احد
قوليه يقتل بكل حال وفي قوله الاخر انه كالزنا يجلد ان كان بكرًا ويرجم ان
كان ثيبًا وجه قول ابي حنيفة انه لا يسمى زنا بدليل ان اهل اللغة
افردوه وسموا الوطي في الفرج زنا وافراده بالاسم ينفي الاشتراك

بينه وبين غيره ولانه وطي لا يتعلق به وجوب مال بحال فصار كالوطي فيما دون
الفرج ولان هذا وطي لا يبيحه عقد النكاح من الزوجة وما لا يملك بعقد
النكاح فاستيفاوه من الزوجة كاستيفاوه من الاجنبية الدليل عليه وطي
يديها فلما لم يجب الحد اذا استوفى هذا الوطي من الزوجة كذلك من الاجنبية
والذي قاله الشافعي في احد قوليه انه يقتل بكل حال لا يصح لانه خالف الاجماع
من تقدمه وجه قولهما ما روي عن النبي عليه السلام انه قال اقتلوا الاعلى والا
سفل قيل له هذا خبر لا اصل له يدل على ذلك ان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا
في عقوبته فكل واحد منهم قال فيه شيًا وهي قصة مشهورة فقال علي
يحرق او يرجم وقال ابن عباس يرجم وقال بعضهم يرمى به من شاهق الجبل
وهذا الاختلاف يدل على انه لم يصح عندهم في ذلك عن النبي عليه السلام
والذي روي عنهم في ذلك فهو قصة في عين يحتمل ان يكون فعل ذلك مستحلًا
له ويرى كذلك انهم مثلوا به والمثلة لا تكون الا في المرتد دون غيره واذا
ثبت عند ابي حنيفة انه لا حد عليه كان عليه التعزير لان الناس اخذ
قايلين منهم من اوجب الحد ومنهم من اوجب التعزير واسقط الحد
فاذا اسقط الحد عنده وجب التعزير بالاجماع قال
ومن وطي بهيمة فلا حد عليه وقال الشافعي في احد قوليه هو زنا
وفي القول الاخر يقتل بكل حال ومن اصحابه من قال فيها قول ثالث
انه يعزر ولا يحد وهو قول اصحابنا لنا انه فعل لا يسمى زنا فلا
يجب به الحد كالوطي فيما دون الفرج فان قيل روي عن ابن عباس

ان حفر لها في الرجم جاز وذلك لما روي ان النبي عليه السلام حفر لليهودي
وروي انه حفر للغامدية حفرة الى ثندوتها واخذ حصاة مثل الحمصة
فرماها بها وقال ارموها واتقوا الوجه فلما طفئت اخرجها وصلى عليها
وقال لقد تابت توبة لو قسمت على اهل الحجاز لوسعتهم ولان اذا حفر
لها فهو استر فكان اولى وان ترك الحفر جاز ولانها مستورة بثيابها
قال ولا يقيم المولى الحد على عبده وامته الا باذن الامام وقال الشافعي
يقيم المولى الحد على عبده وامته اذا كان جلدًا واختلف اصحابه في القطع في السرقة
والقصاص والقتل بالردة فمنهم من قال لا يملك ذلك قالوا والمذهب انه يملكه
لنا ان ما جاز للامام ان يستوفيه لولاية الامامة لا يملك غيره ان يستوفيه
الا بتوليه اصله حد الاحرار والخراج والجزية ولانها ولاية خاصة فلا يملك
اقامة الحد كولاية الاجنبي والوصي فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال اذا زنت
امة احدكم فليجلدها فاذا زنت فليجلدها فاذا زنت فليبعها ولو بضفير
قيل ظاهره الامر وذلك يقتضي الوجوب فالمولى لا يجب عليه اقامة الحد عندهم
وانما يجوز له فليس لهم صرف اللفظ عن ظاهره في الوجوب الا بدليل تخصيصه
ويحمل على الولاية او على رفعها الى من يقيم الحد عليها واضاف ذلك الى المولى
كما يقال بادر الغني امر بنيانها فان قيل يملك تزويجها مع اختلاف الدين
فوجب ان يملك اقامة الحد عليها كالامام قيل له الامام لا يملك التزويج الا في
الصغار والصغار لا يجب عليهم الحد ولان النكاح ولاية خاصة فلا يستدل
بها على اقامة الحد كان الاب ولاية خاصة على ولده ولا يستدل بها على اقامة الحد

قال ش واذا رجع احد الشهود بعد الحكم قبل الرجم ضربوا الحد وهذا الذي
ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد الراجع خاصة وقال الشافعي
في احد قوليه لا يحد الراجع ايضا واما وجوب الحد على الراجع فلا
شبهة فيه لانه اعترف بالقذف والكذب فيما قذفه فلزمه الحد باعترا
واما وجوب الحد على الثلثة فوجه قولهما ان الطارئ على الشهادة في الحدود
قبل الاستيفا كالموجود في الابتدا بدلالة رده الشهود ولو رجع احدهم
قبل الحكم بشهادتهم وجب الحد على جماعتهم كذلك اذا رجع بعد الحكم بها وقد دللنا
على ذلك مع الشافعي ان لو شهد ابتدا ثلثة حدوا كذلك اذا رجع احدهم
بقي ثلثة فكانهم شهدوا ابتدا ووجه قول محمد ان الشهادة قد صحت بحكم
الحاكم فلو يصدق الراجع على ابطالها كما لو رجع بعد الاستيفا ولا يشبه
هذا رجوعه قبل الحكم لان صحة الشهادة موقوفة على الحكم فاما
في رجوعه ابطال الشهادة بعد صحتها ولا خلاف بين اصحابنا ان رجوع
احدهم قبل الحكم بالشهادة توجب الحد على جماعتهم الا زفر فانه قال يحد الرا
جع خاصة وجه قول اصحابنا ان الطارئ على الشهادة قبل الحكم بها كا
لموجود في الابتدا بدليل عمي الشهود وردتهم ولو شهد في الابتدا
صاروا ثلثة قبل الحكم وجه قول زفر ان عدد الشهود تام عند الادا صحت
شهادتهم فالراجع يصدق على نفسه في ايجاب الحد دون غيره
قال ش وان رجع احدهم بعد الرجم حد الراجع وحده وغرم ربع
الدية وقال زفر لا حد على الراجع وجه قولهم ان الراجع صار قاذ فا

زيادة في صفته ثم بعده ذلك حد الزنا لقوله تعالى ولا تاخذكم بهما رافة في دين الله فاما
حد الشرب فانه يجرد في الرواية المشهورة لانه تعلق بسبب متيقن فصار كحد
الزنا وقد روي عن محمد انه لا يجرد لان حد الشرب كان في زمن النبي عليه السلم بالجريد
والنعال وانما نقل في زمن عمر رضي الله عنه الى الجلد ولهذا روي عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه
انه قال ما من رجل اقيم عليه حد من حدود الله فمات فاجد في نفسي منه شيئا الا
حد الشارب للخمر فانه شي فعلناه براينا فلذلك حكمه فلم يجرد وقد قالوا
في حد القذف فلا ينزع عنه غير الحشو والفرو وكذلك روي عن الشعبي ولان
المقصود وصول الالم اليه ليقع به الزجر وذلك يمنع من وصول الالم فامر
بنزعه قال ش ويفرق الضرب على اعضايه الا راسه وفرجه ووجهه
وذلك لانه اذا اجمع الضرب في مكان واحد لم يومن ان يودي الى التلف وذلك
يجب تجنبه ذلك لان النبي عليه السلم امرنا في السارق لما قطع ان يحسم حتى لا يودي
الى التلف الذي ليس بمستحق كذلك هذا فعلى هذا يجب ان يتقي المواضع التي لا
يومن منها تلف ما لم يستحق فالراس مقتل والفرج مقتل والصدر والبطن مقتل
والوجه وان لم يكن مقتلا ففيه البصر والشم ولا يومن تلف بعضها وقد روي
ان عمر رضي الله عنه قال للجلاد ابق الراس والوجه قال ش وان كان عبدا جلده
خمسين كذلك وذلك لقوله تعالى فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد في الجلد دون الرجم لان الرجم لا يتبعض
واذا ثبت ان حد الامة يكون على النصف من حد الحرة فكذلك حد العبد لان حكمهما
واحد والموثر في حد الامة هو الرق وذلك موجود في العبد قال ش فان رجع

المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلا سبيله وذلك
لما روي ان ماعزا لما مسته حد الحجارة هرب فذكر ذلك للنبي عليه السلم فقال هلا
خليتم سبيله فجعل النبي عليه السلم هربه دليلا على الرجوع واسقط به الحد فلان
يسقط بصريح الرجوع اولى ولان النبي عليه السلم لقن المقر الرجوع فقال له لعلك
قبلت لعلك لمست وقال للسارق ما اخاله سرق فلولا ان رجوعه مقبول
لم يكن ليلقنه الرجوع وقد قال ش اصحابنا اذا شهد على اربعة بالزنا
فاقر مرة واحدة سقط الحد عنه وقال الشافعي لا يسقط لنا ان الشها
دة لا يتعلق بها حكم في حق المقر وانما يقبل مع الجحود فاذا اقر سقط حكمها
وبقي اقرار مرة واحدة وقد دللنا على ان الحد لا يثبت باقرار مرة واحدة
فان قيل كل بينة لو قابلها الجحود حكم بها اذا قابلها الاقرار حكم بها كساير
البينات قيل له ساير الحقوق اذا قابل البينة فيها التصديق ايضا
وقضي بالاقرار قال ش ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع بقوله له
لعلك لمست او قبلت وذلك لما روي ان النبي عليه السلم طرد ماعز بن مالك حين اقر
وقال له لعلك لمست وقال للسارق ما اخاله سرق قال ش والرجل والمراة
في ذلك سوا لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وروي
عبادة بن الصامت ان النبي عليه السلم قال لما نزل قوله تعالى او يجعل الله لهن سبيلا
قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا الثيب بالثيب جلد مائة ورجم
بالحجارة قال ش غير ان المراة لا ينزع عنها من ثيابها الا الفرو والحشو
وذلك لان بدنها عورة فصار ذلك كعورة الرجل التي لا يجوز كشفها قال ش

حرام لانه وان وجد مباحا في دار الاسلام الا انه يوخذ تافها الا ترى ان القادر
على اخذه لا يتركه مع القدرة عليه فصار كالذهب والفضة قال ش ولا
قطع على خاين ولا خاينة ولا نباش ولا منتهب ولا مختلس وذلك لما روي عن النبي
عليه السلم انه قال لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خاين ولان اسم السارق
يتناوله فلا يلحق به وجوب القطع عليه ولا خلاف في هذه الجملة الا في النباش
فقال ابو حنيفة ومحمد لا يجب عليه القطع وقال ابو يوسف عليه القطع وهو قول الشافعي
وجه قولهما انه افرد باسم والظاهر من افراده باسم انفراده بفعل
هذا وهو الاصل وعند ذلك خلاف الظاهر فاذا اقتضى انفراده بفعل لم يجب
ان يتعلق حكم السارق عليه بالقياس ولان الكفن ليس بمملوك بدليل انه لا يخلو
اما ان يكون مملوكا للميت او وارث ولا يجوز ان يكون مملوكا للميت لان الموت
ينافي الاملاك ولا يجوز ان يكون ملكا للوارث لانه مستحق عليه اخراجه
فاذا انفذه لم يكن على ملكه كالدين والوصية ولان عند الشافعي لو نبش
الوارث القبر واخذ الكفن لزمه القطع ويستحيل ان يقطع في ملكه واذا
ثبت ذلك قلنا من سرق ما ليس له مالك معين ولا هو موقوف على حكم ملك ما
لك لعقد لا يقطع فيه كمال بيت المال ولان القبر ليس بحرز للكفن بدليل
انه لو سرقه من القبر وليس فيه ميت لم يقطع فالضام الميت اليه وهو
ليس كالنصاب بجر اليه فلا يوثر في ايجاب القطع وقد روي الزهري ان نباشا
اخذ في زمان مروان فاجمع اصحاب رسول الله عليه السلم وكانوا متوافرين انه
يضرب ولا يقطع فان قيل سرق نصابا من حرز مثله من غير شبهة فوجب

قطعه اذا كان من اهل القطع اصله اذا سرق من الحرز قيل له لا نسلم انه سرقه
ولا نسلم انه اخذ من حرز مثله لان الكم لا يوضع في الفضة الاحراز وانما يوضع
للسلم البعض في غير القبا انه مكان لو اخذ منه الدراهم قطع كذلك اذا اخذ
الثياب واللبس كذلك القبا لانه لو اخذ منه الدراهم لم يقطع كذلك اذا اخذ
منه الثياب قال ش ولا يقطع السارق من بيت المال ولا من مال
للسارق فيه شركة وذلك لان القطع يسقط بالشبهة والملك من اقوى
الشبهة بدليل اسقاط حد الزنا عن الشريكين اذا وطي الجارية المشتركة
واما سرقته من بيت المال فلا يوجب ايضا لان له فيه حق فصار كالمال
المشترك قال ش ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم
منه لم يقطع اما الوالد فله شبهة في مال ولده قال النبي عليه السلام انت ومالك
لابيك وشبهة الملك يسقط الحد كما يسقطها بنفسه واما الولد
فلان بينه وبين ابويه ولاد فلا يقطع كما لو سرق الاب من الابن وطامن سوا
هم من ذوي الارحام اذا سرق لا يقطع وقال الشافعي يقطع لنا ان بينهما
رحم كامل فمنع القطع بالسرقة كما لو ادعى الابن فان قيل بينهما قرابة لا
يتعلق بها رد الشهادة فلا يتعلق بها سقوط القطع في السرقة اصله
ابن العم قيل له ابن العم عكس علينا لان قرابته غير كاملة الا ترى انه لا يحرم
مناكحته وفي مسئلتنا بينهما رحم كامل فافترقا قال ش وكذلك اذا
سرق احد الزوجين من الاخر وهو قول الشافعي في المزني وقال في بعض كتبه
يقطع كل واحد بسرقة الاخر وله قول ثالث ان الزوج يقطع والمراة لا يقطع
لنا انه

ويفرق الضرب على اعضايه ولا يجرد من ثيابه غير انه ينزع عنه الفرو
والحشو والسلاح وقد بينا ذلك في حد الزنا قال ش وان كان عبدا جلد
اربعون وقد دللنا عليه قال ش والاحصان ان يكون المقذوف
حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما اعتبار الحرية فلقوله
تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فدل ان الاحصان يعبر
به عن الحرية واذا كان عبارة عنها اعتبر وجودها واما اعتبار
العقل والبلوغ فلان الصبي والمجنون لا يكون منهما الزنا فلا يلحق بقذفهما
شين وحد القذف يجب لاجل الحاق الشين فاذا لم يوجد الشين لا يجب
الحد واما اعتبار الاسلام فلقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن
والله تعالى اوجب الحد بقذف المحصن فاذا لم يكن محصنا لم يحد بقذفه
واما اعتبار العفة عن فعل الزنا فلان من لا يعف عن الزنا لا يلحقه شين
بالقذف والحد يجب بالحاق الشين ولان القاذف صادق فلا يحد على
صدقه قال ش ومن نفا نسب غيره فقال لست لابيك او يا ابن الزانية
وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف وذلك لان النسب
انما ينفى عن الاب اذا كانت الام زانية فصار كقوله زنت امه فيكون
قاذفا وقد قال ش ولو كان يجوز ان يقال ان هذا نسبه ان يحتمل ان ينفي
النسب عن الاب اذا وطيت بشبهة او بنكاح فاسد فلا يلزمه
بذلك الحد الا ان الامة اجتمعت على صحة هذا القذف ووجوب الحد به
وهذا هو الظاهر لان الشتم لا يراد به الا نفي النسب بالزنا دون الوطي

بشبهة واما قوله يا ابن الزانية وهو صريح القذف فيجب به الحد الا انه
لا بد من ثبوت احصان الام لان الحد يجب بقذف المحصنة وذلك يثبت
اما باقرار القاذف او بالبينة فان ادعى القاذف ان امه امة او كافرة او غير
محصنة فالقول قوله لان الحد يجب بالقذف الصحيح ولا يعلم ذلك ولا يجوز ان
يرجع في ذلك الى ظاهر الحرية والاسلام لان الظاهر لا يستحق به حقا على الغير
وانما يدفع به الخصومة فلم يكن من اقرار القاذف او البينة على الاحصان
وانما كان للابن المطالبة بالحد لان القذف حصل بعد موتها فالشين كان
الحق له فيكون المطالبة له وقد قال ش اصحابنا اذا كان المقذوف بالزنا
حيا فلا خصومة لاحد غيره في الحد حاضرا كان او غايبا وذلك لان الحد
يجب بالشين الذي لحقه وهذا حق له فالمطالبة به من حقوقه ومن ثبت له
حق لم يقم غيره مقامه فيه الا برضاه قال ش وان مات قبل ان يطالب به
او بعد ما طالب وقد حد القاذف بعض الحد سقط الحد وبطل ما بقي منه
ولو كان سوطا واحدا ولا يورث الحد في القذف لانه حد فلا يورث كحد الزنا
ولانه حق ليس فيه معنى المال والوثيقة فلا يقوم الوارث فيه مقام المورث
اصله الوصية والمضاربة قال ش ولا يطالب بحد القذف للميت الا من
يقع القدح في نسبه بقذفه وانما كان كذلك لان الحد لا يورث ابتدا بقذف
الميت اذا لحقه بذلك شين فكل من لا يقدح ذلك في نسبه لا يلحقه شين
الا ترى ان العم والاخ لا ينقطع نسبهما بقذف الاخ وابن الاخ فلم يثبت
لهما الحد وليس كذلك لان القاذف يقدح في نسب الابن الا ترى انه اذا قذف

ابوه او امه كان ذلك قطعا لنسبه منهما وقطعا لنسب اولاده ايضا
منهما فثبت له ولاولاده المطالبة لانه ينقطع نسبهم من جهة الام
فصار كانقطاعه من جهة الاب فلحقهم الشين بذلك وقد قال ش محمد
ليس لولد البنت المطالبة لان الانساب انما هي الى الاباء فانقطاعه من
جهة الام لا يلحق به شين قال ش واذا كان المقذوف محصنا جاز
لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد وذلك لان الشين يلحقه بقطع نسبه
عن ابيه كما يلحق الحر المسلم فثبت له المطالبة فان قيل ابن العبد والكافر
لو قذف في نفسه لم يثبت له المطالبة فبقذف غيره اولى ان لا يثبت له
قيل له قذف غيره قذف صحيح فتعلق به المطالبة بالحد وقذفه في نفسه
ليس بقذف صحيح فلذلك لم يتعلق به الحد قال ش وليس للعبد ان
يطالب مولاه بقذف امه الحرة وذلك لان العبد لا يملك ذلك من مولاه كما
لا يملك منه ساير الحقوق الا ترى انه لو قتله لم يقتل به وعلى هذا الاصل
قالوا ليس للولد المطالبة بالحد اذا كان القاذف اباه او جده وان علا
ولا امه ولا جدته وان علت وكذلك ان قذفه في نفسه احد من هولا
لان الابن مامور بتعظيم اباه وممنوع من الحاق الضرر الا ترى الى
قوله تعالى ولا تقل لهما اف والحاق الضرر بالحاق الحد اكثر من ذلك
فمنع منه قال ش فان اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه وذلك
لانه لما اقر بالقذف الحق الشين بغيره فاثبت لغيره حقا عليه
ويريد اسقاط ذلك الحق برجوعه فلا يقبل قال ش ومن قال لعربي

ادعى يا نبطي لم يحد وذلك لان هذا يذكر ولا يراد به السب وانما يراد به النسبة في
الاخلاق والطباع لم يلزم به الحد قال ش ومن قال للرجل يا ابن ماء السماء
فليس بقاذف لان هذا الاسم يذكر على وجه القذف وانما يذكر العرب على وجه
المدح فلم يلزم به الحد وقد قالوا لمن يستحي ابن فلان الذي يدعى له حد لانه
لا وجه لهذا الا السب اذا كان في غضب فان كان في غير غضب فيحتمل السب
ويحتمل انه لا ينسبه في اخلاقه فلا يجب الحد بالشك قال ش واذا نسبه
الى عمه او الى خاله او زوج امه فليس بقاذف وذلك لان العم يسمى ابا بدليل
قوله تعالى والهك واله ابائك ابراهيم واسماعيل واسحاق فسمى العم ابا ولان
النبي عليه السلام قال ش الخال والد فيقتضي ان يكون الخال والدا وزوج الام
ايضا يسمى ابا قيل في تفسير قوله تعالى ان ابني من اهلي انه كان ابن امراته
واذا كان يسمى بذلك في العادة لم يكن قذفا ولا يجب به الحد قال ش و
من وطي وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه وهذا الذي ذكره مثل ان
يتزوج امراة نكاحا فاسدا مجمعا على فساده وهو يعلم او لا يعلم او يطا
جارية مشتركة او يشتري جارية فيطاها ثم يستحق وهو لا يعلم
انها لغير البايع او يطا بنكاح ثم يعلم ان المراة ممن لا تحل له نكاحها و
هذا مستمر على قولهم ولو وطيا حراما في غير ملك ان الحد يسقط عن قا
ذفه الا في مسلة واحدة وهي المجوسي اذا تزوج بامه ثم اسلم فقذفه
قاذف حد عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يحد وجه قول ابي حنيفة
انه عقد محرم بالاجماع فاشبه عقد المسلم على ذوات محارمه وما

سوى هذه المسلة فالحد يسقط عن القاذف لانه وطي حرام في غير ملك وذلك
يشبه الزنا فاذا قذفه قاذف جاز ان يشبه الامر عليه وهو يجيء بشبه
الى صحيح فاثر في اسقاط الحد عن القاذف ولم يذكر رحمه الله اذا
وطي وطيا حراما في ملكه ثم قذفه قاذف وذلك يكون على وجوه احدها
ان يكون التحريم عارضا مثل الوطي الحايض والنفسا والامة المزوجة والمكا
تبة والحرة التي ظاهر منها او لم تستتم العدة فهذا لا يسقط الحد عن
القاذف لان التحريم عارض في الملك فصار كوطي زوجته المريضة التي
يستضر بالوطي وكوطي الصايمة بلا خلاف وفي هذه الجملة بين اصحابنا
الا في المكاتبة قال زفر [illegible] وعن ابي يوسف فيها روايتان
وجه قولهم انه تحريم عارض في الملك كالحيض والاحرام وجه قول زفر
وهو احد الروايتين عن ابي يوسف ان وطيه زال عن ملكها بدلا [illegible] انه
تجب لها المهر عن القاذف وذكر الشيخ ابو الحسين انه لا يسقط
الحد وجه ما ذكره في الاصل انه وطي محرم على التابيد فصار كالزنا ووجه
ما ذكره ابو الحسين انه وطي في ملك فمقارنه التحريم فيه لا يسقط الاحصان
اصله اذا وطي امته المزوجة الثالث ان يكون التحريم يشبه المويد
من وجه ويشبه العارض من وجه مثل من قبل امراته بشهوة ونظر
الى فرجها بشهوة ثم تزوج بابنتها فوطيها قال ابو حنيفة لا يسقط
الحد عن قاذفه وقال ابو يوسف ومحمد يسقط الحد ويجوز ان يباح
بحكم حاكم فصار كتحريم العارض وجه قولهما ان هذا التحريم مويد فصار

كوطي الابنة و وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول الخلاف بينهم
ان من زنا بامراة ثم تزوج بابنتها فوطيها ان الحد يسقط عن قاذفه
وان كان الخلاف في مسلة القبلة والوطي سوا وانما افترقا لان التحريم بالوطي
فيه نص وهو قوله تعالى وامهات نسايكم وقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباوكم
من النسا والنكاح هو الوطي فلذلك اختلفا قال ش رحمه الله ومن لاعن
بولد لا يحد قاذفها وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يحد وجه قولهما انه يشبه الزانية في ثبوت نسب ولدها [illegible] فصار
ذلك شبهة في سقوط الحد عن قاذفها يبين ذلك ان الوطي يشبهه [illegible]
وجوب الحد على قاذفها لما اشبه الزنا كذلك هذا وجه قول ابي يوسف
انها محصنة قبل لعان الزوج فلا يصدق الزوج في اسقاط احصانها
كما لو لاعنها بغير ولد قال ش ومن قذف امة او عبدا او كافرا او قذف
مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق ويا كافر ويا خبيث عزر وذلك لان الامة
والعبد والكافر ليس بمحصن وقذف من ليس بمحصن لا يوجب الحد وانما
لزمه التعزير لانه قد الحق به الشين فتعدى على ذلك واقل العقوبات
التعزير وكذا اذا قال له يا فاسق وما اشبه ذلك لانه قد الحق به الشين
بما دون الزنا فيعزر وقد قال ش لو كان الرجل يرمي بذلك لم يلزمه
الحد اذا كان على هذه الصفة لم يلحق به الشين فلا يلزمه العقوبة
ولا التاديب قال ش وان قال له يا حمار ويا خنزير لم يعزر وذلك
لان كاذب في قوله لا يلحق بذلك شين فلا يجب به عقوبة قال ش

ولا تعط بني عقيل فانهم اعداي الازيد فانه ليس بعدوي الازيد فلا [illegible]
الازيد فلا يعطه كذلك في مسلتنا فان قيل قوله ولا تقبلوا احكم وقوله
واوليك هم الفاسقون خبر وقد بينا ان الاستثنا من حكمه ان يعود الى الخبر
دون غيره ولما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا يقبل شهادة خاين ولا خاينة
ولا مجلود في قرية وهو هام ولما روي ان هلال بن امية لما قذف زوجته
قال الانصار الان يجلد هلال ويبطل شهادته في المسلمين فعلقوا رد
الشهادة باقامة الحد عليه وقد روي ان النبي عليه السلام قال ذلك ولانه حكم
يتعلق بالقذف لحق الادمي ولو تاب بعد ما زنا وحد قبلت الشهادة فيها
[illegible] اولى قيل له ارتفع المعنى الموجب لرد الشهادة بالتوبة وهو
الفسق وفي مسلتنا الموجب لرد الشهادة وهو الجلد وذلك لا ير
تفع فلذلك لم يقبل شهادته قال ش وان حد الكافر في القذف
سقطت شهادته وذلك لان الاسلام تجدد للكافر عدالة لم يكن موجو
دة [illegible] الجلد وهي عدالة الاسلام فلا يبطل باقامة الحد لاستحالة ان يبطل قبل
وجودها واذا تجددت عدالة لم يكن قبلت شهادته والله اعلم

كتاب السرقة وقطاع الطريق

السرقة عبارة عن اخذ المال على وجه الاستخفا فان كان على وجه الاستخفا سمي
نهبا وخلسة والاصل في وجوب القطع على السارق قوله تعالى والسارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما وقال النبي عليه السلام السارق يسرق البيضة
يقطع يده قال ش رحمه الله اذا سرق البالغ العاقل عشرة دراهم

او ما قيمة عشرة دراهم مضروبة او غير مضروبة من حرز لا شبهة
فيه وجب القطع اما اعتبار العقل والبلوغ فلان القطع عقوبة والعقو
بة لا تثبت الا في حق المكلف ولم يوجد التكليف في حق الصبي والمجنون واما اعتبار
المقدار في القطع فلما روي ان رجلا جا الى النبي عليه السلم فقال يا رسول الله كيف
ترى في حريسة الجبل فقال هي ومثلها والنكال فاذا جمعها المراح قطع اليد
فيما بلغ ثمن المجن فلان الحد يجب بالمقصود من كل نوع الا ترى ان حد الزنا يجب بالوطي
في الفرج وحد القذف يجب بالقذف بالزنا خاصة واختلفوا في المقدار
الذي يجب فيه القطع فقال اصحابنا لا يجب القطع في اقل من عشرة دراهم
او ما قيمته عشرة دراهم وعن ابي هريرة وابي سعيد الخدري فيما قيمته
اربعين وعن عكرمة اربعة اواقي وقال مالك ثلثة دراهم وعن الحسن
البصري يقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج وقال الشافعي ربع
دينار او ما قيمته ربع دينار دليلنا ما روي عن النبي عليه السلم انه قال لا يقطع
السارق الا في ثمن المجن روي من طريق مختلفة رواه عامر بن سعد عن
ابيه وعمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وعايشة ولا بد ان يكون المراد به
مجنا معينا لانه ذكره بالالف واللام وذلك يقتضي التعريف ولانه خرج
خرج الكلام مخرج التقدير وبيان النصاب فلا يجوز ان يقدر ذلك بمختلف
لا يتقدر ولم يبق الا ان يكون اراد مجنا بعينه وقد اختلف السلف في
قيمته فروي عطا عن ابن عباس قال كان قيمة المجن الذي قطع فيه
رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وروي عطا عن ايمن الحبشي

رحمه الله والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات
وقال ابو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا وجه قول
ابي حنيفة ومحمد وزفر ما روي عن النبي عليه السلم انه قال من بلغ حدا في غير حد فهو
من المعتدين وروي ابو بردة بن نيار ان النبي عليه السلم قال لا يجلد اكثر من
عشر جلدات الا في حد من حدود الله تعالى ولان الاربعين حد كامل
فلم يجز استيفاوه على وجه التعزير اصله القطع وجه قول ابي يوسف
ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال في التعزير خمسة وسبعون سوطا فاعتبر
ادنى الحدود ونقص منه خمسة وقد روي ابن سماعة عن
ابي يوسف انه على قدر ما يراه الامام في كل نوع فيعتبر كل شي بنوعه
قال ش وان راي الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل
وذلك لان الغرض الزجر عن مثل ما فعل فاذا كان في التعزير لا يحصل الا
بالحبس مع الضرب وراه الامام مصلحة جاز كما يجوز له ان ينقص من الفرج
وبين قال ش واشد الضرب التعزير ثم حد الزنا ثم حد الشرب
ثم حد القذف وقد بينا ذلك في حد الزنا قال ش ومن حده الامام او عزره
فمات فدمه هدر اما الحد فمجمع عليه ولانه لو لزمه الضمان لتصرف
لم يتقدر قوله فيه كما يستوفيه لنفسه واما التعزير فقال الشافعي
في احد قوليه يلزمه الضمان في ماله وفي قول اخر في بيت المال لنا انها
عقوبة يستوفيها الامام بالولاية على المسلمين فلا يكون مضمونة
عليه كالحد او عقوبة يستوفيها لازالة الفساد عن دار الاسلام

فصار كالحدود فان قيل ضرب ادمي غير مقدر وضع لاستصلاح المضروب
فوجب ان يكون في غير حقه مضمون اصله ضرب الرجل امراته وابنه قيل
له لا نسلم انه غير مقدر لان اقله مقدر عندنا بثلثة واكثره بتسعة و
ثلثين واما ضرب الرجل امراته فانه يستوفيه لمنفعة نفسه كذلك
الابن يستوفيه الاب لمنفعته ومنفعة الصبي الا ترى ان منفعته يعود
الى الاب فلذلك كان مضمونا عليه وليس كذلك التعزير لان الامام يستوفيه
لمنفعة المسلمين فصار كالحد قال ش واذا حد المسلم في القذف
سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي يقبل اذا تاب لنا قوله تعالى والذين
يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون ولو اقتصر على قوله ولا تقبلوا لهم
شهادة اقتضى ان لا يقبل شهادته فلا بد ان يكون لقوله ابدا فايدة وليس
ذلك ان لا يقبل بعد التوبة ولانه تعالى لو رد شهادته لاجل الفسق لا قتصر
على ذكر الفسق لانه يكفي على رد الشهادة فلما منع من قبول شهادته لا يتعلق
بالفسق ولانه لو تعلق بالفسق لقال واولئك هم الفاسقون فلا تقبلوا لهم
شهادة فلما اخر ذكر الفسق دل على ان رد شهادته يتعلق بغير
الفسق فاما قوله تعالى الا الذين تابوا فانه عايد الى قوله واولئك هم الفا
سقون غيره لان الاستثنا بمنزلة التخصيص الا ترى بدا نهي وقوله
واولئك هم الفاسقون خبر والكلام متى اشتمل على امر ونهي وخبر
ويعقبه استثنا عاد الى الخبر دون غيره كما لو قال اعطى بني تميم

عن ام ايمن قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع يد السارق الا
في جحفة وقومت يومئذ على عهد رسول الله دينارا وهي عشرة دراهم
وروى نافع عن ابن عمر قطع رسول الله في مجن قيمته ثلثة دراهم وعن
انس كان قيمته خمسة دراهم فلما اختلفوا في قيمته كان الرجوع الى الاكثر
ما قيل اولى الا ترى ان المقومين لو اختلفوا في مستهلك فشهد اثنان ان قيمته
عشرة وشهد اثنان ان قيمته اقل وجب الاخذ بالاكثر ولانه يجوز اثبات
القطع بشك وقد تيقنا وجوبه عند اخذ العشرة ولم يتفق ذلك فيما دونها
ولانه مقدر يستفاد بها استهلاك السارق فلا يجب القطع به اصله ما دون
ربع دينار فان قيل روت عايشة رضي الله عنها انه قال لا يقطع السارق الا في ربع دينار
فصاعدا قيل له هذا حديث اختلف اهل العلم في رفعه الى النبي عليه السلم وانكره
الثقات ومن رفعه ايضا اختلف عنه الرواية في ذلك وقيل روي عن عايشة انها
قالت كان لا يقطع على عهد رسول الله الا في ثمن المجن وبظهر له الخلاف في نفوله
واما قول صاحب الكتاب عشرة دراهم مضروبة او غير مضروبة فهو قول
ابي حنيفة وروى بشر عن ابي يوسف وابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة
دراهم تبرا لا يقطع وجه قول ابي حنيفة ان النصاب اذا تعلق بقدر من الدراهم
استوى فيه وغيرها كنصاب الزكوة وجه قولهما ان التبر ناقص القيمة عن
المضروب فصار كالنقصان من طريق الوزن وقد قالوا انه يعتبر
عشرة عددا ووزن سبعة لان اطلاق اسم الدراهم يتناول ذلك دليله
نصاب الزكوة ومقدار الديات واما اعتبار الحرز فلان النبي عليه السلم

قال في حرمته الحبل فيها غرامة مثلها وجلدات نكال فلم يوجب القطع فيها
لانها ليست بمحرز واما قوله من حرز لا شبهة له فيه فلان الحدود
يسقط بالشبهة فيعتبر ان لا شبهة في وجوب القطع وسنبين
بيان الشبهة فيما بعد قال ش والعبد والحر في القطع سوا لعموم
الاية والاخبار ولانها عقوبة لا يتبعض فاذا ثبت في حق العبد استوى
العبد والحر كالقصاص قال ش ويجب القطع باقرار مرة واحدة
او بشهادة شاهدين فاجماع ولانه عقوبة يتقاسيها ومنها مطالبة
الادمي فيثبت بشاهدين كالقصاص واما ثبوته باقراره مرة واحدة فهو
قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وعن ابي يوسف باقراره مرتين ثم رجع الى قولهما
وجه قولهما انه لما جاز اثباته بشهادة شاهدين جاز اثباته باقرار مرة
واحدة اصله المال ولانا لو لم يوجب القطع بالمرة الاولى استقر به الضمان علي
ثم يوجب القطع بالاقرار الثاني الا ترى ان الاخذ الذي يستقر به الضمان لا يجب
القطع اصله الغصب وجه قول ابي يوسف انه حد فيعتبر عدد الاقرار به
بعدد الشهود اصله حد الزنا قال ش واذا اشترك جماعة في سرقة
فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لم يقطع وقال مالك
اذا اشتركوا في نصاب واحد وجب القطع لان كل واحد منهم سارق لما دون
النصاب فلا يقطع به كما لو تفرد بسرقته ولا يشبه هذا اذا قتل الجماعة واحدا في
وجوب القصاص على جماعتهم لان القصاص تعلق باخراج الروح وهو معنى لا
يتبعض فصار كل واحد كالفاعل لجميعه وليس كذلك اخذ المال لانه يتبعض

فيفعل كل واحد حال الاشتراك فيما اصابه كفعله في الانفراد فلا يجب به القطع قال ش
ولا يقطع فيما يوجد مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب
والسمك والصيد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يقطع في جميع ذلك الا الطين والتراب والسرقين والما وهو قول الشافعي وزعم
اصحابه انه في الما والتراب وجهان وجه قولهما حديث رافع بن خديج ان النبي
عليه السلم قال لا قطع في ثمر ولا كثر قيل في الكثر صغار النخل وقيل الجمار والمعنى فيه انه
يوجد مباحا تافها وقال عليه السلم الناس شركا في ثلاث الما والكلا والنار وثبوت
الشركة يمنع القطع كمال بيت المال وكان علي رضي الله عنه لا يقطع في الطير وقالت
عايشة رضي الله عنها كان لا يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشي التافه وهذا
موجود في الما والحجارة ولانه يوجد مباحا في دار الاسلام غير مرغوب فيه
فلا يجب فيه القطع كالسرجين والما ولبن الادمية وجه قول ابو يوسف انه مما
يباع ويشترى فصار كساير الاموال قلنا ساير الاموال لا يملك الا بالاخذ في دار الاسلام
بمعنى يعود اليها فلم يفارق الاخذ نسبه فلزمه القطع وفي مسلتنا يملك بمجرد
الاخذ في دار الاسلام لمعنى يعود الى جنسه فاذا سرقها فقد وجد منه مثل سبب
الملك فصار شبهة في سقوط الحد وان لم يوجب الملك مثل النكاح الفاسد
قال ش ولا فيما يسرع اليه الفساد كالفواكه الرطبة واللبن واللحم والبطيخ
والفاكهة في الشجر والزرع الذي لم يحصد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد
وعن ابي يوسف ان عليه القطع وبه قال الشافعي لنا ما روي الحسن ان
النبي عليه السلم قال لا قطع في طعام وهو عام وفي قول عايشة رضي الله عنها

عن انه ما كان يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشي التافه والبقل
والمرق تافه ولان معنى المال فيها ناقص ونقصان معنى المال نقصان
جزو منه فمنع وجوب الحد وجه قول ابي يوسف ما روي عن النبي عليه السلم
انه قال لعن الله السارق يسرق البيضة فيقطع يده الجواب ان المراد
به بيضة السلاح بدليل انه بيض الطير لا يكون الواحد منه نصابا
فان قيل روي ان سارقا سرق اترجة في عهد عثمان فقطع يده قيل له
روي عن ابن عمر رضي الله عنه لا قطع في لحم قال ش ولا قطع في الاشربة
المطربة لانه اختلف في اباحته اختلف في كونه مالا فكان ذلك شبهة
في سقوط قال ش ولا في الطبور وذلك لانه اخذه وكسره وتغييره علي
قول بعض اهل العلم فصار ذلك شبهة في سقوط القطع قال ش ولا في
سرقة المصحف وان كان عليه حلية وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يقطع وهو قول الشافعي لنا ان المقصود من المصحف القراة وما فيه
من القران وذلك ليس بمال وله ايضا اخذه للقراة فيه عند الحاجة
فصار جميع ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه فان قيل المصحف مال في
نفسها وجه الاتفاق بما ليس بمال كما ان الثياب مال والانتفاع بها ليس
بمال قيل له هذا غلط لان المقصود من المصحف القراة وذلك غير متقوم
والمقصود من الثياب اللبس وذلك معنى متقوم فاختلفا فان قيل
لو سرق الاوراق قبل الكتابة زيادة قطع والكتابة زيادة فيها فاولي
ان يجب يقطع قيل له قبل الكتابة الكاغد هو المقصود والمقصود

منه المال فيقطع وبعد الكتابة المقصود ما في الكاغد وذلك ليس بمال وما تبعه
ما هو مال صار شبهة في القطع الا ترى انه لو سرق قلادة قطع ولو سرق
كلبا عليه قلادة لم يقطع ولو سرق صبيا حرا لم يقطع ولو سرق ثيابه
منفردة قطع ولو سرق انا فيه خمر لم يقطع ولو سرق الانا منفردا
قطع لما كان المقصود بالسرقة غير مال كذلك هذا قال ش ولا
في الصليب الذهب ولا الشطرنج ولا النرد وذلك لانه ما دون له في اخذه
وكسره والمنع من استعماله والشبهة اذا تمكنت من الاخذ منعت
من القطع وعن ابي يوسف في الصليب الذهب والصنم الذهب ان سرقه
من مصلاه فلا قطع لانه ثبت ما دون في دخوله وان كان في يد رجل محرزا
عنده قطع لان الذهب والفضة في نفسه يجب به القطع والصنعة لا يوثر
في اسقاط القطع فبقي الوجوب بحاله قال ش ولا قطع على سارق
الصبي الحر وان كان عليه حلي وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يقطع وجه قولهما ان الصبي المقصود وما عليه الا ترى انه لو قصد ما
عليه لاخذه وتركه والمقصود بالاخذ اذا لم يتعلق به القطع بغيره اولي
المال المشترك وجه قول ابو يوسف ان الحلي بالانفراد يتعلق به القطع فالضا
م اليه لا يسقط القطع كما لو سرق عبدا صغيرا عليه حلي قال ش ولا
في سرقة العبد الكبير ويقطع في سرقة العبد الصغير والفرق بينهما
ان الكبير في يد نفسه وما عليه في يده فاخذه ليس بسرقة في الحقيقة
وانما هو خلاع وذلك لا يتعلق به القطع وليس كذلك العبد الصغير لانه

مال ولا يد له في نفسه فهو بمنزلة البهيمة فيجب فيه القطع قال ش ولا يقطع في الدفاتر كلها الا في دفاتر الحساب وهذا على الخلاف الذي بيناه في سرقة المصحف فيها فلان المقصود منها الكاغد وما فيه والكاغد نفسه مال ولم يوجد شبهة يمنع من وجوب القطع فلزم سارقها القطع قال ش ولا في سرقة كلب ولا فهد لان جنسه يوجد تافها مباحا في دار الاسلام وقد دللنا على ذلك قال ش ولا دف ولا طبل ولا مزمار لما بينا ان ما ذون في اخذ ما هو معد للمعاصي وكسره ومن اخذ ماله فيه اذن لا يقطع قال ش ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل وذلك لان مثل الابنوس لا جنسه مباحا في دار الاسلام وانما يوجد مباحا في دار الحرب والاباحة في دار الحرب لا معتبر بها الا ترى ان سائر الاموال مباحة في دار الحرب ويجب فيها القطع في دارنا قال ش واذا اتخذ من الخشب اواني او ابواب قطع فيها وذلك لانه بالصنعة والتاليف خرج من حكم اصله وصار في حكم جنس اخر الا ترى ان العمل غالب عليه وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة في الاجر والفخار انه لا قطع فيه لان من الطين والصنعة غير غالبة على قيمته والطين لا يقطع فيه كذلك ما عمل منه فاما الزجاج فعن ابي يوسف روايتان احدهما لا قطع فيه لانه من جنس الرمل وذلك يوجد مباحا تافها في دار الاسلام فما يعمل منه معنى المال فيه ناقص لما بينا ولان الكسر يسرع اليه قال ش في الرواية الاخرى فيه القطع بمنزلة الخشب والصفر اذا عمل منه اواني وقال ش ابو حنيفة انه يجب القطع في الياقوت والزمرد والفيروزج اذا ساوي عشرة

فدل انهم زادوا على وجه الحد ولان عمر رضي الله عنه امر خالد بثمانين ولم يخبره في النقصان في ذلك ولو كان تعزيرا اخبره قال ش ويفرق على بدنه كما يفرق في الزنا وقد بينا ذلك قال ش فان كان عبدا فحده اربعون وذلك لان حكم العبد في الحد على النصف من حد الحر على ما بيناه فيما تقدم قال ش ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد وذلك لما بينا ان النبي عليه السلام كان يلقن المقر بالحد الرجوع فلولا ان رجوعه مقبول لم يكن كذلك فايده قال ش ويثبت الشرب بشهادة شاهدين وذلك لما روي ان الوليد بن عقبة شهد عليه حمران واخر عند عثمان رضي الله عنه انه شرب الخمر فقال عثمان لعلي رضي الله عنهما اقم الحد فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط بيده وجلده وعلي رضي الله عنه يعد حتى بلغ اربعين فقال حسبك وروي ان السوط كان له شعبتان رواه محمد بن علي عن ابيه علي بن الحسين قال ش ويحد باقراره مرة واحدة وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر باقرار مرتين في مجلسين وجه قولهما ان ما جاز اثباته بشهادة شاهدين جاز باقراره مرة واحدة كالديون وجه قول ابي يوسف وزفر انه حد فاعتبر عدد الاقرار بعدد الشهود كحد الزنا قال ش ولا يقبل فيه شهادة الرجال مع النساء وذلك لانه سبب يوجب الحد فلا يقبل فيه شهادة النساء اصله الزنا

باب حد القذف

قال واذا قذف رجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا وهذا يشتمل على مسايل منها وجوب الحد بقذف المحصن وقد دل عليه قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واوليك هم الفاسقون ولما روي ان النبي عليه السلام قال لهلال بن امية حين قذف امراته بالزنا ايتني باربعة يشهدون والا فحد في ظهرك ومنها ان الحد بالقذف بصريح الزنا دون غيره وذلك لان المراد بالرمي في الاية الزنا الا ترى الى قوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء والذي يحتاج في اثباته الى اربعة من الشهود هو الزنا ومنها ان استيفا الحد يقف على مطالبة المقذوف وذلك لان الحد وجب لاجل الشين الذي الحق بغيره ومن ثبت له حق وقف استيفاوه على مطالبته ومنها ان قذف الحر ثمانون وذلك صريح في الاية ومنها ان ذلك حد القاذف اذا كان حرا وان كان عبدا فحده اربعون روى جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب كرم الله وجهه قال يجلد العبد في الفرية اربعون وعن عبد الله بن عامر بن ربيعة قال ادركنا ابا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء رضي الله عنهم ولم ارهم يجلدون المملوك في القذف الا اربعين وعن ابن عباس نحوه وعن ابن مسعود والاوزاعي انه يجلد ثمانين ودليلنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي وقد ثبت عنهم ما ذكرناه ولانه عقوبة يتنصف ويسقط بالشبهة وكانت على النصف من حد الحر كحد الزنا قال ش

لنا ما روي ان عمر رضي الله عنه اتي بغلام سرق من امراة سيده قال ش ليس عليه شي خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم فالزوج اولى ولان كل واحد من الزوجين له تبسط في مال الاخر في العادة فمنع ذلك وجوب القطع كالولد مع الوالد فان قيل هذا التبسط يكون في المنزل وقد تحرز كل واحد منهما ماله عن الاخر قيل له هذا لا يمنع التبسط الذي لكل واحد منهما كما ان الاب قد تحرز ماله عن ابنه ولا يمنع التبسط فان قيل بينهما عقد على المنفعة فلا يمنع القطع كعقد الاجارة قيل له هذا يبطل اذا سرقا من البيت الذي هما فيه فان قيل العقد لا يمنع وانما يمنع الاذن في دخول الحرز قيل له كذلك عندنا الذي يسقط القطع هو التبسط في المال لا العقد قال ش او العبد من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته وذلك لما روينا من حديث عمر رضي الله عنه ولانه هو لا يتبسط في المنزل والدخول بغير اذن وذلك يمنع من وجوب القطع قال ش والمولى من مكاتبه وذلك لان المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه ومن سرق مالا موقوفا على ملك لا يقطع كاحد المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار قال ش والسارق من المغنم وذلك لان له حق فيه فصار كمال بيت المال قال والحرز على ضربين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ فمتى سرق شيا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه وجب عليه القطع اما اعتبار الحرز في وجوب القطع وقد بيناه والكلام في صفة الحرز فالدور والبيوت تحرز بنفسها وكذلك الخيم وكل موضع محجوز والاصل ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا قطع في حريسة الجبل فاذا اواه

المزاح نفيه القطع فاوجب القطع حكم الحرز الذي هو التحير ولم يفصل فاما
المواضع التي ليست بمحرزة ولم يعد الاحراز فانما يكون حرزا بالحافظ والاصل فيه
ما روي ان صفوان نام في المسجد وتوسد رداه فسرقه سارق من تحت راسه
فقطعه النبي عليه السلام قال ش ولا قطع على من سرق من حمام او بيت اذن للناس
في دخوله وقال الشافعي في السارق من الحمام اذا كان عند الثياب حافظا فعليه
القطع لنا ان الحمام حرز في نفسه بدليل انه يبنى كالدور وبدليل ان السارق منه
لا يقطع وكذلك اذا سرق منه قبل عمارته وقبل الاذن للناس في دخوله واذا كان
حرزا في نفسه لم يعتبر الحافظ لان الحافظ يصير به ما ليس بحرز حرزا فاما الحرز
فوجود الحافظ فيه وعدمه سوا وقد ثبت انه لو سرق منه ما ليس عنده حافظ لا يقطع
كذلك ما عنده حافظ ولا يشبه هذا المسجد لانه ليس بحرز في نفسه فيصير حرزا
بالحافظ واما الدار الذي اذن فيه في دخولها فانها غير حرز في حق من اذن له في الدخول
فاخذه لا يكون سارقا وانما يكون خاينا والخاين لا يلزمه القطع قال ش ومن سرق
من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لما بينا ان ما ليس بحرز انما يصير حرزا بالحا
فظ قال ش ولا قطع على الضيف اذا سرق من اضافه وذلك لانه بانه صار بالاذن
من جملة اهل البيت فاخذه لا يكون سرقة بل يكون خيانة وقد قال النبي عليه السلام لا قطع
على خاين وكذلك لو سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو مقفل
او من صندوق في الدار مقفل اذا كان كذلك من جملة الدار وذلك لان الدار الواحدة حرز
واحد بدليل ان السارق لو اخذ من بعض البيوت وخرج الى الدار لم يقطع فاذا كان
في اذن له في دخولها خرج من ان يكون حرزا في حقه فكذلك البيوت فان قيل روي ان

ابو دامان عند ابي بكر الصديق نهه فسرق حليا فقطعه قيل له يجوز ان يكو
ن من دار النسا والدار بني اذا اذن له في احدهما لا يسقط القطع فيما ياخذه من
الاخر قال ش واذا نقب اللص البيت ودخل فاخذ المال وناوله اخر خارج
البيت فلا قطع عليهما وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقطع الداخل
وهذا قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان الخارج لم يهتك من الحرز فلا يجب
عليه القطع واما الداخل فلانه انفصل من الحرز وليس معه المال بد مشاهدة
ولا يقطع كما لو استهلكه في الحرز ولا يلزم اذا حمل اخذ السارق لان فعل احد
كفعلهم وكل واحد منهم يده ثابتة على المال حال انفصاله بد مشاهدة
واذا ناوله غيره فعند الانفصال له يد حكميه فلا يقطع كما لو اودع المال في
الحرز عند رجل ثم خرج وجه قولهما ان يد الثاني قايمة مقام يد الاول في الا
مساك فكانه خرج والمال في يده وقد قال ش ابو يوسف ان ادخل الخارج
يده الحرز فاخذه من اللص الداخل فقطعهما لان ادخال اليد عنده يتعلق به
القطع لو لم يكن غيره فصارا مشتركين في السرقة لان يده ثابتة
مقام يد الذي ناوله فقطعا قال ش وان القاه في الطريق ثم خرج
فاخذه قطع في قولهم وقال زفر لا يقطع وجه قولهم ان يده ثابتة عليه ما لم
تحدث يد اخرى بدليل ان من القى متاعه في الطريق فيده ثابتة عليه فقد خر
ج من الحرز والمسروق في يده من طريق المشاهدة فيقطع والمسالة
موضوعة على انه القاه بحيث يراه وجه قول زفر انه لما القاه من الحرز
لم يجب عليه القطع فلم يجز ايجاب القطع عليه بعد ذلك الا ترى ان المقصو

وهو الاخراج فاذا حصل على وجه لا يوجب القطع لم يوجد الثاني ما يوجبه
قال ش وكذلك ان حمله على حمار فساقه فاخرجه وذلك لانه في يده نقلا
ينقل من الحرز وله على المتاع يد مشاهدة فيقطع كما لو اخرجه هو بنفسه و
ذكر في الاصل لو كانا اثنين فنقبا البيت ثم دخل احدهما فاستخرج المتاع ثم
حملاه جميعا قال ان عرف الداخل منهما بعينه قطع الداخل منهما ود
را الحد عن الاخر غير انه يعزره وان لم يعرف الداخل لم يقطع واحد منهما
ويعزران قال ش واذا دخل جماعة الحرز فتولى بعضهم الاخذ
قطعوا جميعا وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يقطع الا الذي
خرج بالمتاع وهو قول زفر وبه قال الشافعي لنا ان الحدود تتعلق با
لمقصود من كل نوع ومقصود السرا ليس هذا الحمل وانما المقصود هتك
الحرز والتمكن من اخذ المال وبعد الحمل للمتاع اما عرض والحد بحصول
المقصود ولا يلزم من نقب ووقف عند النقب جميعا لانه لم يهتك الحرز
حصل نقبه فان قيل هتك الحرز حصل بنقبه قيل له بل بدخوله الا ترى ان باب الدار
لو كان مفتوحا فدخل السارق واخذ المال قطع وان لم يهتكه بفتحه
فان قيل المعاون لم ياخذ من الحرز شيا فصار كما لو وقف خارج الحرز قيل
له الحرز لخربه وقد وجد منه التمكين والاخذ مضاف اليه كما بينا اذا حمله
على دابة وساقها ومن نقب البيت وادخل يده فاخذ شيا لم يقطع وان ادخل
يده في صندوق الصيرفي او كم غيره فاخذ المال قطع وقال ابو يوسف يقطع
فيهما وهو قول الشافعي وجه قولهما انه لم يهتك الحرز الهتك المقصود

الا ترى ان الهتك المقصود من البيت دخوله ونقصان الهتك كنقصان
القدر لان كل واحد منهما شرط في القطع فاذا ثبت نقصان احدهما في
سقوط كذلك الاخر ولا يلزم من سرق من الكم او من صندوق الصيرفي
لان هتك هذا الحرز لا يمكن بدخوله وانما يكون بادخال اليد وقد وجد
فان قيل اخرج نصابا من الحرز فصار كما لو دخل قيل له اذا دخل فقد
وجد الهتك المقصود فاذا اخرج المال قطع وفي مسالتنا لم يوجد الهتك
المقصود قال ش ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم وذلك
لما روي عن النبي عليه السلام قطع السارق من الزند وامر ان يحسم وهذا بيان
المراد بالايه وانما قلنا يقطع يمينه لان المراد من الاية ذلك روي
الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاقطعوا ايديهما قال ايمانهما
وكذلك في قراة ابن مسعود وعن الحسن وابراهيم مثله قال ش فان
سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد
الحبس حتى يموت وقال الشافعي يقطع في الثالثة يده اليسرى وفي الرا
بعة الرجل اليمنى وفي الخامسة يعزر ويحبس لنا قوله تعالى والسارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما والمراد به ايمانهما على ما بيناه والظاهر
يقتضي ان لا يقطع في السرقة غير اليمين الا ما قام عليه دليل ولان الحد لا يجوز
ابتداها الا بالتوقيف والاتفاق ولم يوجد ذلك في اليد اليسرى ولان ابطال منفعة
الجنس لا يجوز بالسرقة اصله السرقة الاولى فان قيل روي الشافعي ان النبي
عليه السلام قطع السارق على ما ذكروه قيل له قد قال ش الطحاوي انه حديث

لا اصل له لان كل من لقيناه من حافظ الحديث ينكرونه ويقولون لا نعرف له
اصلا وهو ايضا مرسل فلا يلزم العمل به على قول الشافعي وعلى قولنا لان
ثقات اصحاب الحديث قد انكروه فان قيل روي عن ابي بكر رضه انه قطع
يدا بعد يد قيل له روي عن علي رضه انه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به
فقطع رجله ثم اتي به فقال اني لاستحي ان ادعه ليس له يد ياكل ولا يستنجي بها
ولا رجل يمشي بها فقاتلها وذكر ايضا على جمهور انه احتج على النبي عليه السلام
فيه جزا ولو صح لم تجز له مخالفته فان قيل ما سقط القطع في السرقه
بقطعه كان محلا للقطع كاليمين بيان هذا ان الحد اذا لو قطع اليد
اليسرى سقط القطع قيل له اليد اليمنى يجوز ان يستحق في قاطع
الطريق اول مرة فجاز ان يستحق في السرقة واليد اليسرى والرجل
اليمنى لا يستحق في المرة الاولى من قاطع الطريق كذلك لم يستحق في
السرقه وان تكررت واذا ثبت انه لا يقطع في الثالثه والرابعة خلد
الحبس لان الفعل المنكر لا بد له من زجر وقد سقط ذلك بالقطع ولم يبق
الا الزجر بالحبس والضرب **قال ش** واذا كان السارق اشل اليد
اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لانا لو قطعناه
ادي الى بطلان منفعة الجنس وذلك لا يجوز ان يستوفى في السرقة كما
لو قطع يديه **قال ش** ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق
منه فيطالب بالسرقه وذلك لما روي عن عمر رضه ان ابن سمره
اتى النبي عليه السلام فقال يا رسول الله اني سرقت جملا لبني فلان فارسل

يتمكن من القطع فيها فكان ابلغ من الابعاد الامر النفي لانه يقطع في كل موضع
يحصل فيه **قال ش** وان اخذ مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم
على جماعتهم اصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعدا او ما قيمته ذلك قطع
الامام ايديهم وارجلهم من خلاف والكلام في هذه الجملة يقع في مسايل
منها ان قطع الطريق على الذمي يتعلق به الحد كالمسلم لان مال الذمي
محظور على التابيد فصار كمال المسلم ومنها اعتبار النصاب وهو
عشره وقال الحسن بن زياد عشرون وجه قول اصحابنا ان حد قاطع
الطريق وجب صيانة الاموال تبين ذلك ان قاطع الطريق لا يخرج المقتل بل
لاخذ المال وانما يقتل ليتمكن من المال والحد الذي يجب لاجل المال يعتبر
فيه نصابا ويتقدر بعشره اصله السرقة وجه قول الحسن ان في السرقة
يقطع طرف واحد بعشره فاذا كان قاطع الطريق قطع طرفين وجب ان يشترط
نصابين ومنها ان الاحكام المذكورة في الاية على الترتيب لا على التخيير
وان كان ظاهر اللفظ التخيير وقد روي عطيه العوفي عن ابن عباس ان الحد
على الترتيب وعن ابراهيم مثله ولانه لو كان على التخيير جاز للامام ان
يقتصر على النفي في حق القاتل الاخذ المال وهذا لا يقوله احد ولا من خرج
ولم يفعل شيا فقد هم بالمعصية وذلك لا يوجب القتل كالعزم على ساير المعاصي
واذا ثبت ان في الاحكام الاية ليست على التخيير صار التقدير ان يقتلوا او قتلوا
او يصلبوا ان قتلوا او اخذوا المال او تقطع ايديهم وارجلهم ان اخذوا المال او
ينفوا من الارض اذا اخافوا السبيل وهذا معنى صحيح لانه اذا اخذ المال

خاصه كان حده القطع كما يكون في غير قاطع الطريق الا انه تغلظ في حق قاطع
الطريق وان قطعوا العلو به اعتبارا بالقصاص وان قتلوا واخذوا المال
وجب عليهم القطع والقتل فيتعلق كل واحد بنوع من الافعال **قال ش**
وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا فان عفا الاوليا عنهم لم يلتفت
الى عفوهم لان هذا الحد يثبت لله تعالى وما يثبت لحق الله تعالى لا يؤثر
فيه عفو الادمي وقد قال ليس للامام ايضا تركه اذا ثبت عنده
لما روي عن النبي عليه السلام انه قال ما ينبغي لوالي حد اي في حد من حدود الله ان لا
لا اقامه وقال عليه السلام تعافوا الحدود فيما بينكم فاذا رفع الى الامام فلا عفا الله
عنه ان عفا **قال ش** فان قتلوا واخذوا مالا فالامام بالخيار ان شا قطع
ايديهم وارجلهم وقتلهم وصلبهم وان شا قتلهم وان شا صلبهم وهذا الذي
ذكره قول ابي حنيفه وزفر وقال ابو يوسف لا اعفيه من الصلب وقال محمد
لا يقطع ولكن يصلب ويقتل وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفه وابي يوسف
في القطع ان القطع والقتل في قاطع الطريق حد واحد بدلاله انهما يجبان
لمعنى واحد وهو ما يحصل من اخافة السبيل وافساد الارض وانه يقتل
ليتمكن من اخذ المال واذا كان ذلك حد واحد لم يقم بعضه مقام بعض كالجلدات
في حد الزنا فان قيل لو كان كذلك لم يجز الامام ان يقتصر على القتل
قيل له لا يجوز الا ان الترتيب لا يجب على الامام فاذا ابتدا بالقتل سقط
القطع من طريق الحكم لتعذره وجه قول محمد ان ما دون النفس و
النفس اذا اجتمعا لحق الله تعالى سقط اعتبار ما دون النفس

اليد في الكم وانما حرزها بالرباط فصار كالكيس يعلقه على كمه فاذا اخذه قطع و
اما اذا كانت داخل الكم فحرزها الكم فما لم يدخل يده في الكم لا يقطع وجه قول
ابي يوسف ان الرباط حرز لها واخذها ليس باكثر من دراهم يقع به موضعه
بين يديه فيجب فيها القطع **قال ش** واذا خرج جماعة
ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا
قبل ان ياخذوا مالا ولا قتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة والاصل
في حد قاطع الطريق قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله و
يسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف
او ينفوا من الارض فكل من قصد قطع الطريق وهو يمكنه ان يحمي نفسه
فقد تناولته الاية لانه ساع في الارض بالفساد ومحارب والمراد من الاية
محاربة اولياء الله لان الله تعالى يستحيل ان يحارب فحذف المضاف واقام المضاف
اليه مقامه وقد قيل المراد به انهم في حكم المحاربين لله لما جسروا وامتنعوا
وتظاهروا على خلاف امره وهذا اتساع في الكلام واستعارة وهو جاير
شايع في الكلام وقد قال بعض الناس ان الاية خاصه في المرتدين وليس
بصحيح لان الله تعالى علق القتل باظهار الفساد وبالمحاربة وقتل المرتدين لا يقف
على ذلك ولان الاية تقتضي انه يجوز ان يقتصر فيه على النفي وعلى قطع اليد وذلك
لا يكون في المرتد ولان الاية تقتضي سقوط الحد عنه بالتوبة قبل القدرة عليه
والمسلم يسقط عنه القتل بالتوبه قبل القدره عليه وبعدها فدل انها نزلت في غير
المرتدين وقد روي ان سبب نزولها ما كان من فعل النبي عليه السلام بالعرنيين وليس

بصحيح لان الايه نزلت بعوما اسفي الحكم فيه ويستحيل ان يكون حكمهم مستفاد
بالايه ولان النبي عليه السلام سمل اعينهم وليس ذلك في الايه وفي الايه القطع ولم
يفعله بهم وقد روي ان سبب نزولها ان قوما خرجوا الى النبي عليه السلام ليسلموا
فقتلهم اصحاب ابي بردة الاسلمي وكانوا اموادعا للنبي عليه السلام واخذوا اموالهم
واي ذلك كان فانه لا يوجب ان يخص الحكم على السبب بل الحكم عندنا يتعلق
بعموم اللفظ لا بخصوص السبب واللفظ عام في المسلم والكافر فيحمل على
عمومه اذا ثبت هذا قلنا اذا اخذوا قبل ان ياخذوا اما لا وقبل ان يقتلوا
نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة لانه هم بالمعصية فلا يلزمه القتل
بذلك كالعزم على سائر المعاصي بل يحبس وهو معنى قوله ويبقوا من الارض
وقال الشافعي النفي طلب قاطع الطريق ليقام عليه الحد او يحبس ان كان لم يفعل
شيا فكلما خرج الى بلد طلب فيه حتى يلحق بدار الحرب وهذا لا يصح لان
اخراج المسلم من دار الاسلام تعريض له بالكفر والردة وذلك لا يجوز ولانه
فعل فعلا منكرا لا حد فيه ولا عقوبة مثل ذلك التعزير والحبس فاذا حملنا
النفي على ذلك فقد حملنا الايه على ما يشهد له الاصول والطلب لا يشهد له اصل
وحمل الايه على شواهد الاصول اولى فان قيل الحبس لا يسمى نفيا وانما
النفي الابعاد وهو ما يقوله قيل له الحبس قد سمي نفيا وقد قال علي بن الا
هيم في ذلك خرجنا من الدنيا ولسنا من اهلها فلا نحن في الاحيا فيها ولا من
الموتى اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جا هذا من الدنيا
وهو ايضا ابعاد الا ترى ان المحبوس ممنوع من جميع الاماكن التي

ان حرمة العين تكون لمالكها فصار لاختلاف المالكين كاختلاف العينين
قال ش فان تغيرت عن حالها مثل ان لو كان غزلا فسرقه فقطع
فيه ورده ثم نسج فعاد فسرقه قطع وذلك لانها بهذا الفعل صارت في
حكم عين اخرى بدليل ان حق مالكها يسقط عنها بذلك اذا فعله الغاصب فيها
ومن قطع في عين فسرق غيرها قطع قال ش واذا قطع السارق
والعين قائمة ردها وان كانت هالكة لم يضمن اما رد العين حال بقائها فلان
النبي عليه السلام قطع سارق رداء صفوان ورد الرداء عليه ولانه ليس في رد
العين امر ينافي القطع فجاز ان يجتمعا وان كانت هالكة لم يضمن وقال الشافعي
يضمن لنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال اذا قطع السارق فلا غرم عليه
ولان كل اخذ يستحق به الضمان لا يتعلق بالفاعليه القطع اصله اخذ الغا
صب فلو وجب الضمان في مسلتنا بالاخذ لم يجتمع معه القطع فان قيل القطع
والقيمة حقان لمستحقين فجاز اجتماعهما في فعل واحد اصله اذا قتل
صيدا مملوكا وجب الجزا والقيمة قيل له ان اردت جواز اجتماع وجو
بهما قلنا بموجبه لان السارق يجب عليه القطع والضمان وكل واحد
من الامرين مراعا فان استوفي القطع سقط الضمان لانه ينافيه وان استوفي
الضمان سقط القطع وان اردت جواز اجتماع الاستيفا انتقض بمن وجب
عليه القطع بالسرقه والقصاص والقتل بالقصاص والرجم قال ش
وان ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم
بينه وذلك لان القطع موقوف على الخصومه في اثبات الملك للمسروق

والقطع لا يقف على خصومة اخرى وقد قال ش ابو حنيفه رضي الله عنه ان الموجر
اذا سرق من المستاجر من الدار المستاجرة قطع وقال ابو يوسف ومحمد لا نقطع
عليه وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفه ان المستاجر احق بالحرز من
الموجر بدلالة ان له منعه من دخوله فصار كالسارق من ملك غيره وجه
قولهما المال المشترك ان الحرز ملكه فلم يجب بالسرقه منه قطع كسرقة
المال المشترك قيل له ملكه للحرز هو كثبوت حقه في دخول المسجد وان وجب
عليه القطع بالسرقه منه واما اذا سرق المستاجر من الموجر فعليه القطع
في قولهم لانه لا شبهة له في الحرز ولا في المال فلزمه القطع وقد قال ش
ابو حنيفة في الطرار اذا طر الدراهم فان كانت مصرورة في داخل الكم قطع وان كانت
في ظاهر الكم لم يقطع وقال ابو يوسف يقطع في الوجهين وكان الشيخ ابو بكر
الرازي يفسر قول ابي حنيفه فانه متى كان الرباط لو حل حصلت الدراهم على
ظاهر الكم لم يقطع فان حصلت داخل الكم قطع ووجه ذلك ان الكم هو الحرز
فاذا كانت بحيث لو حلت كانت في داخله فهو ماخوذة من حرز فيقطع
ومتى كانت على ظاهر الكم فذلك الموضع ليس بحرز الا ترى ان الاخذ منه لا
يقف على ادخال يده في الكم والاخذ من غير حرز لا يتعلق به قطع وكان ابن
ابي مالك ذكر عن ابي يوسف تفسير قول ابي حنيفه بضد هذا فيقول اذا كانت
مصرورة من خارج فطرها من خارج قطع وان كانت من داخل الكم فلا
قطع الا ان دخل يده الكم وهذا الاختلاف الاول والوجه فيه انها اذا كانت
مربوطة خارج الكم فليس الكم حرز لها الا ترى ان اخذها لا يقف على ادخال

النبي عليه السلام فقال انا اعفو ما جرى لنا فامر النبي عليه السلام فقطع فلولا اعتبار
المطالبة والا فقطع عليه السلام باقراره ولان المقر به في الظاهر له ما لم يصدقه
المقر له بدليل انه لو اقر به لغايب ثم اقر به لحاضر جاز واذا لم يزل ملكه
في الظاهر الا بالتصديق كان احد احواله ذلك ان يكون شبهة والقطع
لا يصح مع الشبهة فلذلك اعتبر حضوره وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفه
ومحمد وقال ابو يوسف اقطعه وجه قوله انه اقر بوجوب الحد فجاز ان يكذ
به الغايب لا تمنع من اقامة الحد اصله اذا اقر بالزنا بامراة غايبة ان الحد
يقوم عليه في الحال وان جاز ان يحضر فيدعي شبهه تسقط الحد
قال ش فان وهبها من السارق او باعه اياها او نقصت قيمتها
عن النصاب لم يقطع اما الهبة والبيع فهو قول ابي حنيفه ومحمد وقال ابو
يوسف ان كان ذلك بعد الترافع لم يسقط القطع وهو قول الشافعي وجه
قولهما ان الهبة والقبض سبب التمليك في العين المسروقة فوجب ان يسقط
القطع كما لو اقر له بالعين او اقامة البينة انها للسارق ولان السبب الذي
وجب العقوبة لاجله انتقل الملك فيه الى من وجبت العقوبة عليه فصار
كمن لزمه قصاص فورثه فان قيل روي ان صفوان ابن اميه نام في المسجد
فسرق سارق رداءه فجاء به الى النبي عليه السلام فامر ان يقطع يده فقال صفوا
ن اني لم ارد هذا هو عليه صدقه فقال عليه السلام هلا قبل ان تاتيني به قبل له
هذا الخبر قد روي بالفاظ مختلفة والمعاني واصله واحد فوجب التوقف
حتى يعلم اصله ولو ثبت لم يكن فيه دليل لانه ليس في الخبر انه اقبضه الهبة

ومجرد الهبة لا يسقط القطع حتى يقبل السارق ويقبض فيملك العين ولا يسقط القطع عند ابي يوسف حتى يكون كاملا نصابا من يوم الاخذ الى يوم القطع وعنه رواية اخرى انه يقطع وهو قول محمد وبه قال الشافعي وجه ابي يوسف ان بقا العين معتبرة في وجوب القطع بدليل انه لو وهبها لم يقطع فيها فاذا انتقصت قيمتها فقد طرا عليها سبب الحد ما لو كان موجودا في الابتدا منع القطع كالواهب لها السارق وجه قوله ان القطع يتعلق بالاخرا ج من الحرز فالنقصان بعد ذلك لا يوثر كنقصان الاجزا قلنا هذا الاولى لان الاجزا الناقصة مضمونة على السارق فكانها باقية وصار تلف جزء من العين كتلف جميعها وليس كذلك نقصان القيمة لانه ليس مضمون عليه فلا يكون بمنزلة الباقي **قال** ومن سرق عينا فقطع فيها وردها ثم عاد فسرقها وهي على حالها لم يقطع قال زفر يقطع وعن ابي يوسف مثله وهو قول الشافعي لنا ان القطع يتعلق بالعين والفعل بدليل ان القطع متى سقط الشبهة وجب ضمان العين فاذا كان ايقاع الفعل في عين لا يتعلق به الا قطع واحد كذلك ايقاع فعلين في عين واحدة ولانه حد وجب بهتك حرمة عين فتكراره فيها لا يتعلق به اكثر من حد واحد كالقذف وجه قول ابي يوسف انه عين لو سرقها غير سارقها قطع فاذا سرقها سارقها قطع اصله الغزل اذا قطع فيه ثم نسج واذا سرقها من مالك الحرز قلنا عنونا بالنسج فصار الغزل في حكم عين اخرى فلا نسلم ان سارق الغزل هو سارق الثوب واما اذا سرقها من مالك الحرز الفراق لا يسلمونه وبعض اصحابنا حرا ان يسلمه ويفرق

اصله السارق اذا زنا وهو مخصص الجواب ان الزاني السارق اجتمع فيه حدان قد اخلا وليس كذلك في مسئلتنا لانه حد واحد على ما بينا فلا يقوم بعضه مقام بعض وقال زفر ان قتل ثم اخذ المال لم يقطع لانه اخذ المال لا على وجه المغالبة فصار كمن اخذ مالا من مفازة ليس عنده احد وان اخذ المال ثم قتل جمع بين القطع والقتل لانه وجب عليه القطع بالاخذ ثم لزمه القتل بالقتل فجمع بينهما واما جواز ترك الصلب فوجه قول ابي حنيفة ومحمد ان النبي عليه السلام لم يصلب العرنيين بل نكل بهم ولان المقصود القتل وقد حصل فلا معنى لاعتبار غيره وجه قول ابي يوسف ان الله تعالى قد نص على الصلب فدل على انه مقصود فلا يجوز تركه كما لا يجوز ترك غيره مما نص عليه **قال** يصلب حيا ثم يبعج بطنه برمح الى ان يموت ذكر ذلك الشيخ ابو الحسن وحكاه عن ابي يوسف وقد ذكر الطحاوي ان الصلب بعد القتل عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي وجه ما ذكره الطحاوي ان النبي عليه السلام نهى عن المثلة ولانه اذا صلب حيا زيادة تنكيل في المثلة على ما ورد به الشرع فلم يجز فعله كما لا يجوز تركه حيا مصلوبا حتى يموت وجه ما ذكره في الكتاب ان الله تعالى نص على الصلب في جملة الحد وما كان من حد الله وجب فعله في حال الحيوة كغير ذلك مما نص عليه **قال** ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لان المقصود منه اشتهار امره ليقع به الزجر وذلك يحصل في الثلثة ايام وبعد ذلك يتغير فيستضر به الناس فكان دفنه اولى **قال** وان كان فيهم صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين

وصار القتل الى الاوليا ان شاوا قتلوا وان شاوا عفوا وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ان باشر الصبي والمجنون الاخذ فلا حد على الباقين وان كان باشر الفعل الاجنبي البالغ اجري عليه الحد وجه قولهما ان المعاونة والمحاربة بمنزلة المباشرة بدليل اجراء الحد على المعين فصار حضور الصبي كمباشرة فسقط الحد عن جماعتهم لان الصبي لا يلزمه الحد فقد شاركهم في سبب الحد من لا حد عليه بنفس الفعل فصار شبهة في سقوط الحد عن جماعتهم كالمخطئ والعامد اذا اشتركا وجه قول ابي يوسف ان الحد يجب بالقتل واخذ المال وقد حصل ذلك بفعل البالغ فحضور الصبي بلا حضور وليس كذلك اذا باشر الفعل الصبي لانه لما لم يتعلق بفعله صار شبهة في سقوط الحد عن الباقين وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول ان قوله او كان ذا رحم محرم محمول على ان المال الماخوذ مشترك بين من قطع عليهم فان كان لكل واحد منهم مال معروف فان الحد يجري عليهم لان حد من ذي الرحم لا يتعلق به حد والاخذ من غيره يتعلق به الحد وهو اخذ منفرد فصار كجماعة سرقوا اموالا لا احد لهم فيه شركة واذا سقط الحد عنهم اذا كان فيهم صبي او مجنون بقي حق الادمي فان كان قتل عمدا وجب القصاص وان كان غير ذلك وجبت الدية وان كان الاخذ للمال تعلق به الضمان **قال** وان باشر الفعل واحد منهم اجري الحد على جماعتهم وقال الشافعي على المباشر خاصة لنا انه حكم يتعلق باخذ مال على وجه المغالبة فاستوى فيه المباشر والردء كالغنيمة فان قيل حد يجب بارتكاب معصية فلا يجب على المعين كحد الزنا قيل المقصود من اسباب هذه الحدود اللذة وذلك لا يحصل للمعين والمقصود في قطع

الطريق يوجد من المعين وهذا التمكين فجرى عليه الحد وقد قال ابو حنيفة ومحمد لا يجري حد قاطع الطريق على من اخذ المال في المصر ليلا ولا نهارا وقال ابو يوسف الامصار وغيرها سوا اذا كانت لهم غلبة وبه قال الشافعي وجه قولهما ان الامصار يلحق الغوث فيها غالبا فيخرج الفعل من حد المغالبة ويصير كالانتهاب فلا يتعلق به الحد وجه قول ابي يوسف انه حد فاستوى في سببه المصر وغيره كالزنا الجواب انه عندنا لا يختلف بالمصر وغيره وانما يختلف بالتمكن والغلبة وذلك يحصل في غير المصر فيتعلق به الحد والمشهور عند اصحابنا ان المراة لا يجري عليها قاطع الطريق وقال الطحاوي النسا والرجال وهو قول الشافعي وجه قولهم ان الحد يتعلق بالمحاربة والمغالبة وفعل المراة فيما يتعلق به المغالبة لا حكم له اصله اذا حضرت الو[قعة] انه لا يسهم لها وان قاتلت وجه ما ذكره الطحاوي ان الحد لا يختلف فيه الرجل والمراة كسائر الحدود واذا ثبت هذا قلنا اذا شاركها غيرها سقط عنه الحد لانه شاركهم في سبب الحد من لا حد عليه بنفس الفعل وعلى قول ابي يوسف عليه الحد من لا حد عليه ان باشر الرجل الاخذ كما بيناه في الصبي والمجنون واذا تاب قاطع الطريق قبل ان يقدر عليه سقط الحد عنه لقوله تعالى ﴿الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم﴾ والماروي ان حارثة بن بدر قطع الطريق ثم تاب قبل ان يقدر عليه فكتب علي ابن ابي طالب كرم الله وجهه الى عامل البصرة ان حارثة بن بدر خرج محاربا لله تعالى ولرسوله ثم تاب واصلح قبل ان تقدروا عليه فلا يعرض له الا بخير

كتاب الاشربة

وروى ان رجلا جاء الى النبي عليه السلام وقال اني كسبت مالا فيما ذا تامرني فقال عليه السلام امسكه ان كان حلالا لكون مصروفا الى الخير وان كان حراما تكون مصروفا الى الشر فاذا سرف مصروفا الى الخير وان تكون مصروفا الى السرف ففي المال المسرف

اعلم ان الكلام في هذا الكتاب يقع مرتبا على ما ورد الشرع بتحريمه من الاشربة
وما بقي على اباحته في الاصل لان الاشيا كلها عندنا على الابتدا على الاباحة في الاصل الا
ما كان فيه ادخال ضرر على حيوان والاشربة كلها مباحة بالعقل الا ما
ورد الشرع بتحريمه قال رحمه الله الاشربة المحرمة اربعة
الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى
يذهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر والزبيب اذا اشتد والاصل في تحريم
الخمر ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال اللهم بين لنا في الخمر
بيانا شافيا فنزل قوله تعالى يسئلونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير
ومنافع للناس فقال اللهم بين لنا بيانا شافيا فنزل قوله تعالى انما حرم
ربي الفواحش الاية فقال اللهم بين لنا فيها بيانا شافيا فنزل قوله تعالى
انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه
الى قوله فهل انتم منتهون فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه انتهينا
ولان تحريم الخمر معلوم من دين النبي عليه السلام بالضرورة وانه كان يدعوا
الى ذلك ويتدين به كما علم من دينه وجوب الصلوة وصوم رمضان
فاما صفتها فالذي ذكرها في الكتاب هو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
هي خمر اذا اشتدت وان لم يقذف بالزبد وجه قول ابي حنيفة ان الاصل
في العصير الاباحة والتحريم ثم يثبت بدليل شرعي وقد دلت الدلالة
على تحريمه اذا قذف بالزبد وما قبل ذلك على اصل الاباحة ولانها لم يبلغ
غايتها والحد يجب بالمقصود وكل نوع فما لم يبلغ الغاية بقذف الزبد فهو كما قبل الغليان

فلا يجب الحد وجه قولهما ان الحكم يتعلق بحدوث الشدة وذلك موجود اذا غلا
العصير واما قذفه بالزبد فانما يعتبر ليرق ويصفوا وعدم هذا المعنى لا يمنع
التحريم واذا عرفنا الخمر في القولين جميعا وعرفنا تحريمها قلنا ان التحريم
يتعلق بقليلها وكثيرها صرفا او ممزوجا لعموم الدلالة في القليل والكثير
ولان التحريم يتعلق عندنا بالاسم وهو معنى قول ابن عباس حرمت الخمر لعينها
والسكر من كل شراب والاسم موجود في القليل والكثير فاما الممزوج اذا
كان الما غالبا عليه حتى زال طعمها وريحها فلا حد في شربها لان المقصود بالشرب
قد زال بذلك التغير والحد يجب في المقصود من كل نوع الا ان شربها حرام
اذا اجتمعا علة الحظر وعلة الاباحة ولانها نجاسة اذا خالطت الما لا يجوز شربه
فاما العصير اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه فحرام وقال حماد بن ابي سليمان اذا طبخ
حتى ينضج فهو مباح وقد قال بذلك بشر المريسي وغيره دليلنا ما روي الشعبي
عن جابر بن الحصين الاسدي ان عمارا اتاه كتاب عمر اليه يامره ان يامر المسلمين
بشرب العصير الذي قد طبخ فذهب ثلثاه وبقي ثلثه وان عمارا شربه وامر
الناس بشربه وقال هذا شراب لم يمكن يشربه حتى امرنا امير المؤمنين عمر
بن الخطاب رضي الله عنه وعن داود بن ابي هند قال قلت لسعيد بن المسيب الطلا
الذي احله عمر بن الخطاب للناس ما هو قال الذي ذهب ثلثاه وبقي ثلثه اذ
اعتبر في ذلك ذهاب الثلثين وكتب به الى الامصار وكان ذلك بحضرة الصحابة
من غير خلاف وذلك على ان حد الاباحة ذهاب ثلثيه فما دون ذلك على
التحريم ولان العصير انما يطبخ اذا طبخ يقصد به اصلاح الخمر حتى لا يفسد

وقال الاوزاعي انه مباح

بالبقا واستصلاحها فيجوز ان يكون سببا لاباحتها وقد استفدنا من الاخبار
التي ذكرناها اباحة ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فان قيل عمر انما اباح ذلك لانه
قيل له انه لا يسكر قيل له هذا لا يصح لان عمر بن الخطاب قصد باباحته دفع
ضرر الطعام وذلك لا يكون الا مع الشدة فان قيل روي عن عمر رضي الله عنه انه قال
حين راه ذهب خط الشيطان منه وروي انه قال ذهب شيطانه وريح جنونه
وهذا يدل على زوال الاسكار منه قيل له لم يرد ذلك وانما اراد زوال المعنى
الموجب للتحريم وهذا معنى قوله ذهب خط الشيطان منه وانما نقيع
التمر والزبيب اذا اشتد فهو حرام خلافا لما قال شريك انها حلال لنا
قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين ومن الابتدا اقتضى ذلك ما كان منهما
على وجه الابتدا حرام وقد روي بن مسعود انه سئل عن السكر يتداوى به
قال فما كان الله ليجعل شفاكم فيما حرم عليكم والسكر هو نقيع التمر و
الزبيب ومذهب عبد الله بن مسعود معلوم مشهور في اباحة نبيذ
التمر فاذا قال ان الله تعالى حرم الني علم انه اعتقد المطبوخ وهذا الخبر
يدل ايضا على صحة قول ابي حنيفه في اعتبار الطبخ وفساد قول من قال
ان ابا حنيفه خالف الاجماع في اعتبار الطبخ في الاباحة لانه موافق لقول
عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال ونبيذ التمر والزبيب اذا
كل واحد منهما ادنى طبخ حلال وان اشتد اذا شرب منه ما لم يغلب في
ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفه
وقال الشافعي ما اسكر كثيره فقليله حرام وجه قول ابي حنيفة حديث

لان الة والالات لا يوصف بذلك ولانه لو تعلق حظر بفعله لتعلق اباحة كالمجوسي
اذا ارسل فانما لم يتعلق بفعل الكلب اباحة بحال دل على ان الحظر لا يتعلق به وانما
فعل الادمي اذا كان بصفة من المبيح فاذا اخذ الكلب الصيد بنفسه لم تحصل
الاباحة كالعقر فعل الادمي لا لوجود فعل الكلب فاذا زجروه فانزجر فانضم
الى فعل الادمي فتعلق الحكم به وسقط ما تقدم لما لم يوصف بحظر ولا اباحة
فان قيل يرسل الكلب يتعلق به الحظر وزجر الادمي يتعلق به الاباحة فاجتمع
سبب التحريم والتحليل فغلب حكم التحريم كما لو ارسل مسلم ومجوسي قيل
له قد بينا ان فعل الكلب لا يوصف بالحظر فاما فعل المجوسي فيوصف بالحظر
فلم يصح اعتبار احدهما بالاخر وقد قال الشيخ الوارسل كلبه ورمى
فما اخذ في ذلك الفور من الصيد فقتله فانه يوكل واحدا كان اخذ او جماعة
لانه لم ينقطع عن حال الارسال ولا يمكن تعيين صيد بعينه فصار صيده
لاثنين كاصابة السهم بصيدين فان جثم على الصيد طويلا ثم بدا به صيدا
اخر فاخذ فقتله لم يوكل وكذلك ان ارسل الكلب الى غيره فعدل الصيد عنه
او ينشره وتشاغل بغير طلب الصيد ثم تبع صيدا اخر فاخذه فانه لا يوكل
الا بارسال مستقبل او بان يزجره صاحبه ويسمي فينزجر وذلك لان الارسال
الاول قد انقطع بهذه المعاني فلا بد من اعتبار تجدد ارسال الاول في الاباحة
فاما الفهد فمن عادته اذا ارسل ان لا يتبع بل يكمن ويمكث ساعة ليتمكن منه
ثم ياخذه وهذا لا يوثر ويوكل صيده ولو فعل الكلب ايضا ذلك اكل صيده
لان هذا من اسباب الاصطياد فلا يقطع حكم الارسال كما لو توثب وكذلك

السهم اذا مضى على سمته لم ينقطع حكم الرمي فيه فان امالته الريح الى جهة اخرى عن
سمته الاول انقطع حكم الرمي الاول وصار اصابته بغير فعل الرامي فلا يوكل وقد
روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه من سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاذا هو شاة
واصاب غيره لم يوكل ولو ظنه شاة فرماه فاذا هو صيد اكل وقال محمد
لا اكل الا بشرط ان يكون الحس صيدا اذ رمته وهو يظن انه صيد وجه
قول ابي حنيفة ان الرمي اذا كان صيدا وقد عينه بالرمي لم يعتبر ظنه وصار كان
رماه وهو لا يعلم ما هو واما اذا رماه وهو شاة فقد رمى الى ما ليس بصيد
فلا يعتبر اصابة الصيد كما لو رمى غرضا فاصاب صيدا وجه قول محمد ان الرمي
يقع على القصد بدلالة ان من رمى غرضا فاصاب صيدا لم يوكل وقد حصل رميه
الى ما ليس بصيد فلم يتعلق به اباحة قال ش ذبيحة المسلم والكتابي
حلال اما ذكوة المسلم فلا خلاف في جوازها واما ذكوة الكتابي فلقوله تعالى
وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وهو عام ولا يجوز ان يقال ان المراد به
غير الذبائح لانه لو كان كذلك لم تكن لتخصيصه باهل الكتاب معنى ولان من
تمسك بكتاب من كتب الله تعالى وتحل مناكحته فصار كالمسلم وقد قال الشافعي ان
ذبائح بني تغلب وذبائح نصارى العرب لا يوكل وهذا لا يصح لما ذكرناه فان
قيل روي عن عمر رضي الله عنه انه قال نصارى العرب من اهل الكتاب لا تحل ذبا
ئحهم وعن علي عليه السلام لا تاكلوا ذبائح بني تغلب قيل له ذكر الطحاوي عن ابن عباس
كلوا من ذبائح بني تغلب وتزوجوا من نسائهم فتعارضا ولان علي عليه السلام
علل ذلك فانهم لم يتمسكوا بدين النصارى ولم يعلله بكونهم من العرب

العضو لا يكون ذكوة حال وقوعه حتى تتصل بخروج الروح من غير ان تقدر على الذبح
والجانب الباقي يصير الجرح فيه ذكوة العضو تاثير فلا يكون ذكوة الجملة ذكوة له
فان قيل الا كان ذكوة لبعض البدن كان ذكوة لجميعه اصله اذا قطع الثلث المقدم
قيل له اذا قطع ثلث المقدم فذلك ذكوة عند وجوده لان الذكوة هي قطع الاوداج
والاوداج متصلة من القلب الى الراس ففي قطع ذلك قطع لها الا ترى ان الذبح لا
يعتبر بعد ذلك ولا بحيث وان ثبت يده عليه فلذلك كان ذكوة للجميع وليس كذلك
اذا كان الاقل مما يلي العجز لانه ليس بذكوة بدليل انه يتوقف الذبح وانما يصير
ذكوة عند خروج الروح قبل القدرة والبعض في تلك الحال بائن فلا تلحقه الذكوة
قال ش ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني وذلك لان الجرح في الصيد
بمنزلة الذكوة من غيره فمن لا يبيح ذكوته لا يبيح صيده قال ش ومن رمى صيدا
فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه اخر فقتله فهو للثاني ويوكل
وذلك لان الثاني هو الذي صاده والاول فعل سبب الصيد لم يقع به الاصطياد
فصار كمن اثار صيدا واخذه غيره انه للاخذ كذلك هذا ويوكل لان ضرب الثاني
هو الذي صار به صيدا الحل به قال ش وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني
فقتله لم يوكل وذلك لان الثاني رماه وقد خرج من حيز الامتناع فصار كالرمي
الى شاة فلا تحل له قال ش والثاني ضامن للاول ما ينقصه جراحته
وذلك لان الاول قد ملكه بجراحته واخراجه من حيز الامتناع فقد ادخل
الثاني فيه نقصا بفعله وهو ملك الغير فيضمن النقصان وقد قالوا
اذا مات بعد ذلك لزمه قيمته مجروحا جراحتين لانه تلفه بفعله الان

قد غرم نقصان الجرح الثاني فلا يضمنه ثانيا والجرح الاول نقص بفعل المالك
فلا يضمنه الثاني وقد قالوا ش لو رمى رجلان صيدا معا فوقعت الرميتان
بالصيد معا فمات فانه لهما ويوكل لانهما اشتركا في سبب الاستحقاق فتسا
ويا في قدر الاستحقاق فان اصابه السهم الاول فوقذه ثم اصابه سهم الثاني
فقتله قال ابو يوسف يوكل والصيد للاول وقال زفر لا يوكل وهذا الخلاف مبني على
اختلافهم ان المعتبر بحال الرمي او بحال الاصابة فعند اصحابنا المعتبر بحال
الرمي لانه هو الذي يتعلق بفعله والتسمية معتبرة عنده وقد حصل
رميتهما جميعا والصيد ممتنع فلم يتعلق بالسهم الثاني حظر الملك الاول
لا سهمه لخروجه من حيز الامتناع وصار سهم الثاني قد وقع بصيد مملوك
فلا يستحق به شيء وجه قول زفر ان المعتبر بحال الاصابة بدلالة انه لو لم
يصبه لم يملك وقد حصل السهم الثاني والسهم غير ممتنع فلم يحصل رمي
الى شاة فقتلها قال ش ويجوز اصطياد ما يوكل من الحيوان وما
لا يوكل لعموم الاية والاخبار ولان ما لا يوكل في صيده فايدة وهو الانتفاع
بجلده وشعره ووبره وعظمه وقد قال ش اصحابنا رضي الله عنهم اذا ارسل
الكلب على الصيد بنفسه فزجره صاحبه فانزجر واخذ واخذ الصيد حل
اكله وقال الشافعي لا يحل لنا ان يرسل الكلب معنى لا يمكن الاحتراز منه
لانه يشاهد الصيد قبل ان يشاهده صاحبه ويخطو اليه بعطية خطوات
ثم ينزجره صاحبه وما لا يمكن الاحتراز منه يسقط اعتباره اصله وقوع
الجرح في غير محل الذكوة ولان فعل الكلب لا يتعلق به حظر ولا اباحة

الخمر غلطا في اسمها حتى استدرك عليهم وهذا القائل حقيقة الاسم
ويحسن الظن بنفسه ويسيء بسلفه ان هذا الجراة في الدين وان ثبت
من اصل ابي حنيفة تحليل ذلك اعتبروا ان يشرب ما يغلب على ظنه انه لا يسكر
لان السكر حرام وما دونه حلال ولا طريق الى معرفة ذلك الا غلبة الظن قال
من غير لهو ولا طرب لان ذلك حرام وما يتوصل به الى الحرام حرام
قال ش ولا باس بالخليطين رواه الحسن عن ابي حنيفة وصفته
التمر والزبيب او الزبيب والعنب او التمر والعنب والاصل في ذلك
ان كل واحد منهما يجوز ان ينبذ على الانفراد كذلك اذا اجتمعا ويجب
ان يعتبر في الزبيب والعنب اذا اختلطا ان يذهب ثلثاه كما يعتبر اذا طبخ
العنب على حاله قال ش ونبيذ العسل والتين والحنطة والشعير
والذرة حلال وان لم يطبخ ذلك ولان النبي عليه السلام قال الخمر من هاتين
الشجرتين فخص التحريم بهما ولان هذه الاطعمة معتادة فلا معتبر بما تحدث
فيها من الشدة والسكر كما لا يعتبر السكر الذي يوجد في الخبز في بعض البلاد
والشدة الذي يوجد في اللبن قال ش وعصير العنب اذا طبخ حتى
ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وقد بينا ذلك وهذا كله بيان
مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه فاما ابو يوسف ومحمد فقد كانا يقولان في النبيذ
المطبوخ اذا كان لا يفسد بالقاعشرة ايام فصاعدا فهو حرام وان
كان يفسد فهو مباح وان اشتد ثم رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة
روى رجوعه محمد وبشر بن الوليد ومعلى واما محمد فروي انه وقف

في ذلك وقال لا احرمه ولا انحه واذا طبخ العصير حتى ذهب نصفه فروى الحسن
عن ابي يوسف كراهة تنزيه لان عمر شرط في اباحته ذهاب ثلثيه قال
ولا بأس بالانتباذ في الدبا والحنتم
والمزفت وقد ذكر الحديث ابي بريده عن ابيه ان النبي عليه السلام قال كنت نهيتكم عن ثلث
عن زيارة القبور فزوروها فان محمدا فقد اذن له في زيارة قبر امه ولا تقولوا
هجرا وعن لحوم الاضاحي ان تمسكوها فوق ثلث فامسكوها ما بدا لكم
وتزودوا فانما نهيتكم ليسع موسعكم على فقيركم وعن النبيذ في الدبا
والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان ظرفا لا يحل شيئا ولا يحرمه
ولا تشربوا المسكر قال واذا تخللت الخمر حلت سوا صارت خلا
بنفسها او بشيء طرح فيها وقال الشافعي لا يجوز تخليلها فان خللها لم يحل
لنا حديث ميمونة ان النبي عليه السلام قال في جلد الميتة الدباغ يحلها كما يحل
خل الخمر فيحل ولانها عين لو تخللت حلت فاذا صارت خلا بفعل الآدمي
حلت كالعصير ولان الاستحالة لما ظهرت في هذه العين بنفسها طهرتها
وان توصل الآدمي الى ذلك كالدباغ فان قيل روي عن ابي طلحة قال كان عندي
مال لايتام فابتعت به خمرا ثم حرمت الخمر فاخبرت بذلك رسول
الله عليه السلام فقال اريقها قلت اخللها قال لا قيل له هذا احتمل ان يكون امر
ذلك رسول الله عليه السلام لقرب العهد بالتحريم واعتياد الناس بشربها
فلم يأمن اذا بقيت ان تدعوا النفس اليها فاراد حسم العادة فيها وان كا
نت لو بقيت حتى تخللت صارت مالا مباحا بالاجماع ومثل ذلك جايز

ان يفعله اذا كان فيه مصلحة عام كما امر النبي عليه السلام بقتل الكلاب لما دخل المدينة
لا لفي فيها وان جازت بنفسها الصيد والحفظ لكنه حسم المادة في ابتدا
التحريم وقد قال ش ان عمر بن الخطاب كان اذا راى اللبن في السوق قد
غيسوبي اراقه لما بيناه بين ذلك ان يعمه جابر اذا بين غشبه وامسا
كه جايز بين صحة هذا التاويل ان النبي عليه السلام قال لابي طلحة حين امره باراقتها
اذا جاءنا مال اعوضناه فكان لما امرنا بالاراقة المصلحة المسلمين وكان
معنى المال ان دون تعويضه قال ش ولا يكره تخليلها لانه يوصل الى
زوال المعنى المحرم للعين في ذلك غير مكروه كالدباغ وليس في ذلك انتفاع
بالخمر بها يكون اذا صارت خلا كما ان الانتفاع بجلد الميتة يحصل بعد
طهارته والدباغ يتوصل الى ذلك كذلك التخليل والله اعلم

كتاب الصيد والذبائح

الاصل في جواز الصيد قوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرما فاحل الله تعالى صيد البحر عاما للحلال والحرام وحرم
صيد البر على المحرم واحله للحلال وقال الله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فيدل ذلك
على جواز الاصطياد في الجملة ولم يبين ما يوكل من ذلك وقد بين ذلك النبي عليه السلام على
ما يأتي فيما بعد وقد استفدنا بعموم الاية جواز صيد ما يوكل وما لا يوكل لينتفع
بجلده وبشعره ووبره وعظمه قال ش رحمه الله يجوز الاصطياد بالكلب
المعلم وبالفهد والبازي وساير الجوارح المعلمة وذلك لقوله تعالى وما علمتم من
الجوارح مكلبين فيل في التاويل الجوارح التي تجرح وقيل الجوارح الكواسب

ومنه قوله سبحانه تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار فاذا احملت الاية على ما له جرح
يكتسب بها فان ولي الاجتماع الامرين وهذا موجود في الكلب والفهد
والبازي وغير ذلك من الجوارح وقال النبي عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله تعالى فكل فدل على جواز الاصطياد بالكلب واما اعتبار التعليم في الجارحة
فلقوله تعالى تعلمونهن مما علمكم الله وقال النبي عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلمة
فاعتبر التعليم في الاباحة قال ش وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرا
والاصل في ذلك ما روي ابن عباس انه قال تعليم الكلب ان يترك الاكل وتعليم البازي
ان يجيبك اذا دعوته ولان هذا امر يرجع الى اهل الصنعة وهم يعدون ذلك
تعليما الا ترى انهم يضربونه حتى يتعود ترك الاكل فاما اعتبار تكرار الترك
ولانه يجوز ان يكون اول مرة ترك الاكل للشبع فاعتبر تكرار ذلك لانه
لا يتفق في العادة ان يصيد ثلث مرات ويمسك عن الاكل للشبع وانما
اقتصروا في التكرار ثلث مرات لان الثلثة موضوعة الاختيار في خيار
الثلث ولهذا قال موسى للخضر عليهما السلام في المرة الثالثة ان سالتك عن شيء بعدها
فلا تصاحبني وعن عمر رضي الله عنه انه قال من لحرف في شيء ثلث مرات ولم يربح
فلينتقل الى غيره واختلفوا فيما صاده في المرة الثالثة فقال ابو يوسف
ومحمد لا يوكل ويوكل ما بعد ذلك لانه يصير معلما بترك ثلثا فيما صاده بعد
ذلك فهو صيد جارح معلم يوكل وما كان قبل ذلك التعليم غير معلوم فلم يو
كل وقد روي الحسن عن ابي حنيفة ان الثالث يوكل لان ترك الاكل في المرة
الثالثة دل على التعليم فصار ذلك صيد جارح معلمه فاكل كما يوكل بعد ذلك

قال ش وتعليم البازي ان يرجع اذا دعوته لحديث ابن عباس ولان
المرجع في معرفة ذلك الى اهل الصنعة وهم يعدون ذلك تعليما قال ش فاذا
ارسل كلبه المعلم او بازيه او صقره وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ
وجرحه فمات حل اكله وذلك لقوله عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله تعالى فكل فاعتبر الارسال في الاباحة ولان الارسال قد اقيم مقام
الذكوة بدليل اعتبار التسمية عنده واذا كان كذلك لم يكن بد من اعتبار
واما اعتبار التسمية فلقوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله
عليه وقال عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل فاما اعتبار
الجرح فلما روي عن النبي عليه السلام قال في صيد المعراض اذا خرق فكل وان اصاب
بعرضه فلا يأكل فانه وقيذ هذا هو المشهور من المذهب وقد روي عن
ابي حنيفة وابي يوسف ان الكلب اذا خنقه اكل لان الكلب قد يتوصل الى
اخذه بالجرح وقد يتوصل بغيره فكان موسعا عليه كالجرح في غير مو
ضع الجرح قال ش وان اكل منه الكلب لم يوكل وقال الشافعي في احد
قوليه يوكل وقد روي مثل قولنا عن علي عليه السلام وابن عباس وجماعة من الصحابة
لنا قوله تعالى وما علمتم من الجوارح فشرط التعليم وتعليم الكلب
يكون بترك الاكل وقد دل عليه ما روي عن ابن عباس انه قال تعليم الكلب ان
يترك الاكل وتعليم البازي ان يجيبك اذا دعوته ولما روي عن عدي بن حاتم
ان النبي عليه السلام قال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل
واذا اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه ولان ترك الاكل شرط في اباحة

الصيد الاول فكان شرطا في اباحة ما بعده اصله الارسال فان قيل جارحة اكل
من الصيد فلا يمنع الاكل كالبازي اذا اكل قيل له الاكل عندنا لا يمنع وانما الما
نع فقد التعليم فاكل الكلب يدل على فقد التعليم الا ترى ان الكلب يضرب حتى يعود
ترك الاكل والبازي لا يمكن ضربه وانما يعود العود الى صاحبه والاكل من الصيد
فصار الحكم دالا على التعليم بخلاف الكلب قال ش وان اكل البازي من
اكل وقال الشافعي في قوله الجديد لا يوكل لنا ان البازي تعليمه عوده اذا دعي
ويعود الاكل من الصيد والفه نضرا وما كان من التعليم لا هو حرم به ...
فان قيل لو كان جهة التعليم وجب الا يوكل صيده اذا لم ياكل قيل له لان الاكل هو
التعليم حتى تكون تركه يدل على فقد التعليم وانما هو احد طرفي التعليم فالواجب
اكل من الصيد فيكون يد صاحبه عليه فلا يوكل كالكلب وقد قال ش ابو حنيفة
ان الكلب في الاكل حرم ما تقدم من صيوده وقال ش ابو يوسف ومحمد يحرم
ما اكل منه خاصة وهو قول الشافعي على القول الذي يقول اكل الكلب يحرم وجه
قول ابي حنيفة قوله عليه السلام في حديث عدي بن حاتم وان اكل منه فلا تاكل فانما امسك
على نفسه فجعل الاكل علما على نفي التعليم ● وصيد الناسي يعلم لا يوكل فان قيل
ترك الاكل شرط في اباحة صيده كما ان اسلام المرسل شرط ولو ارتد المسلم
بعد الصيد لم يوثر في صيوده المتقدمة كذلك اكل الكلب قيل له الردة
لا يوثر فيما تقدم من الاعتقاد فلم يفسد الردة الى حالة سابقة فلم يقدح فيها
واكل الكلب يدل على عدم التعليم وذلك يوثر فيما تقدم فان قيل اذا جاز ان يتعلم
الادمي شيئا ثم ينساه جاز ان يكون الكلب كذلك فلا يوثر فيما تقدم قيل له

الادمي انما ينسى ما يعلمه من طريق الاستدلال والحفظ فاما طريقه الضرورة
كالخياطة وكالسباحة وما اشبه ذلك فانه لا ينساه بطول الترك بل يضعف فيه
وتعليم الكلب من هذا القبيل لا ينساه بالترك بل يضعف فيه فاذا اكل دل على فقد
التعليم في الاصل قال ش وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه
ان يذكيه فان ترك تذكيته حتى مات لم يوكل وهذا الذي ذكره على هذا الاطلاق قول
ابي حنيفة فمتى ادركه حياة فترك ذكوته لم يحل اكله عنده وسوا كانت الحيوة
مستقرة او غير مستقرة قال ابو يوسف اذا جرحه الكلب جراحة لا يعيش من
مثلها اكل ولا يحتاج الى ذكوة وعنه اعتبار بقايه اكثر اليوم وقال محمد ان كان
يبقى اكثر من بقا المذبوح فلا بد من ذبحه وان كان لا يبقى الا بقا المذبوح لم تجب
ذكوته وجه قول ابي حنيفة ان فعل الكلب جعل ذكاة اذا لم يثبت اليد على الصيد
فاذا ثبت اليد على الصيد فقد خرج من حد المتوحش وصار بمنزلة الشاة
او الطير لو قاربت الموت فلم يذبحها فانها لا توكل واما ابو يوسف فمن اصله
ان الحيوان اذا صار بحيث لا يعيش لم يعتد بالذبح الا ترى ان خروج الروح
لا يتعلق به وانما يتعلق بالجرح المتقدم واذا لم يوثر الذبح صار جرح الكلب
هو الذكاة كاملة ● واما محمد فقال اذا بقي يوما او اكثر فهو في حكم الحي لان المذ
بوح لا يبقى هذا القدر فاعتبرت الذكوة وان كان لا يبقى ذلك فقد حصل الاتلاف
بفعل الكلب فكان قتله وهذا مبني على اختلافهم في المتردية والتي يشق السبع
بطنها فادركها حية فذبحها جاز اكلها كانت الحيوة خفية او بينة في قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا بلغت الى حد لا يعيش مثلها لم يوكل وان ذبح ●

وقال محمد ان كانت يعيش اليوم او اكثر فذكاها اكلت وان كانت لا يبقى الا بقا المذبوح
لم يوكل وان ذبح وقد ذكر الطحاوي في الحيوان يضطرب للموت انه لا يحل
بالذبح في قولهم وهذا ليس بصحيح عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان الذكوة عنده تثبت
حكمها ببقا الحيوة ● واما اذا ادرك الصيد صاحبه حيا فلم يتمكن من ذبحه
لضيق الوقت او لفقد الالة حتى مات لم يوكل وقال الحسن بن زياد رضي الله عنه
يوكل استحسانا وبه قال الشافعي وجه قوله انه لما يثبت يده عليه زال
معنى الامتناع وبطل اعتبار حكم جرح الكلب وصار كالشاة اذا ادركها وقد
مرضت فماتت في وقت لا يتسع لذبحها انها لا توكل وجه الاستحسان ان
الذبح هو الاصل والجرح بدل عنه والبدل لا يسقط حكمه بالتمكن من استعمال
الاصل فاذا ادركه في وقت لا يقدر على ذبحه لم يثبت حكم الاصل في حقه فبقي
حكم البدل والجواب ش انا لا نقول ان العقر والجرح بدل عن الذبح بل كل
واحد منهما ذكوة لنوع فالذبح ذكوة لما في يده والعقر ذكوة لما لا يد له عليه
قال ش فان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يوكل هذا هو المشهور عنهم
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يوكل واذا قتله صدما او كسر منه عضوا
ولم يجرحه فانه لا يوكل وعن ابي يوسف ما يدل على انه يوكل اذا كسر عضوا
وقال الشافعي في احد قوليه يوكل في ذلك كله وجه المشهور من المذهب ان
النبي عليه السلام سيل عن صيد المعراض فقال ان خزق فكل وان اصاب بعرضه
فلا تاكل فانما هو وقيذ وقوله تعالى والمنخنقة عام فيما خنقه الكلب وغيره
ولانه الة للاصطياد فاعتبر فيه الجرح كالسهم فان قيل الكلب لا يمكن تعليمه

كيفية القتل وما لا يمكن تعليمه فسقط اعتباره كالجرح في محل الذكوة قيل له الكلب
لا يحتاج الى تعليم الجرح لانه هو طبعه وترك الجرح نادر فيه وما هو في طبعه لا يقال
انه متعذر فاما الجرح عن محل الذبح فليس بغالب حاله وتعليمه يستو
فسقط اعتباره كما سقط في السهم ولم يسقط الجرح وجه ما روي عن ابي يوسف
ان الكسر جراحة باطنة فيه فصار كالجراحة الظاهرة قال ش وان شارك
في غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه لم يوكل وذلك لما روي
في حديث عدي بن حاتم انه قال قلت يا رسول الله بكلابي المعلمة فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل قال قلت
وان قتلت قال وان قتلت اذا لم يشركها كلب ليست منها ولان الكلب الذي هذا
صفته لا يحل صيده فاذا شارك الكلب الذي ارسل فقد اجتمع سبب الحظر
والاباحة فكان الحكم للحظر وقد قالوا اذا ارسل المسلم كلبه المعلم وسمى فزجره
مجوسي او مرتد فانزجر لزجره فاخذ الصيد فقتله فانه يوكل لان اصل الارسال صحيح
فلا يوثر ارسال غيره فيه ولو كان المرسل مجوسيا او مرتدا او من لا يجوز ذكوته
او ارسله مسلم ولم يسم ثم زجره مسلم وسمى فانه لا يوكل لان اصل الارسال كان
فاسدا فلا يسقط حكمه بما هو دونه الا ترى انه ليس بمماثل له وصار هذا
بمنزلة مسلم ذبح ثم امر مجوسي السكين في موضع الذبح انه لا يوثر لانه
ليس بمماثل له وكذلك لو ذبح مجوسي ثم امر مسلم السكين في موضع الذبح
لم يوثر في موضع الاباحة لما ذكرناه قال ش وان رمى الرجل سهما
الى صيد وسمى عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرحه فمات لحديث عدي بن
حاتم

قال قلت يا رسول الله اني ارمي بالمعراض اصيب افاكل قال اذا رميت بالمعراض
وذكرت اسم الله تعالى فخرق فكل وان اصاب بعرضه فلا تاكل قال
وان ادركه حيا فذكوه وان ترك تذكيته لم يوكل وهذا لما بيناه في صيد الكلب
واذا احصل في يده سقط حكم الجرح لانه صار مقدورا عليه فاعتبر الذبح فاذا
لم يوجد لم يحل قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب
عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يوكل
وقال الشافعي في احد قوليه لا يحل اكله وفي القول الاخر يحل اكله ولم يعتبر في
واحد من القولين الطلب والقعود عنه اما الدليل على جواز الاكل اذا لم يقعد
عن طلبه فما روي في حديث عدي بن حاتم انه قال للنبي عليه السلام اني ارمي بسهمي فاصيب
فلا اقدر عليه الا بعد يوم او يومين فقال اذا قدرت عليه وليس فيه اثر ولا خدش
الا رميتك فكل وان وجدت فيه اثر غير رميتك فلا تاكل فانك لا تدري انت قتلته
ام غيرك فان قيل فلم يشترط النبي عليه السلام فيه الطلب قيل له لان الكلام خرج على
المعتاد وهو ان الرامي لا يقعد عن الطلب ولان الظاهر انه مباح في الحالين
فاما الدلالة في احدهما فلما روي ان النبي عليه السلام مر بالروحا فراى حمار وحش
عقيرا فاراد اصحابه ان ياخذوه فقال عليه السلام دعوه حتى يجي صاحبه فجا رجل من بهز فقال هذه
رميتي وقد وهبتها لكم فامر النبي عليه السلام ابا بكر ان يقسمها بين الرفاق فقد دل على
ذلك جواز اكل ما غاب من الصيد وانما لم يساله النبي عليه السلام عن الطلب لانه شاهده
في هذه الحالة فلم يحتج الى المسالة ولانه لم يفرط في طلبه فصار كما لو مات وهو
يشاهده فان قيل الجرح انما يكون ذكوة اذا كان هو القاتل ومتى غاب عنه

جاز ان يكون شاركه في الموت غيره فلا يجوز استباحته بالشك قيل له الجراحة سبب
للموت ولا يعلم هناك سبب اخر فالظاهر ان الموت منها بدليل ان الجارح على هذا
الوجه يلزمه القصاص والقصاص لا يجب بالاحتمال فدل على ان هذا التجويز لا يعتبر
ولان التجويز انما يوثر اذا كان يمكن الاحتراز من سببه فاذا لم يمكن سقط اعتباره
الا ترى ان الصيد اذا وقع من الرمية على الارض حل اكله مع تجويز ان يكون
موته من وقوعه عليها لان ذلك مما لا يمكن الاحتراز منه ولو سقط على جبل ثم تردى
الى الارض لم يوكل لانه يمكن الاحتراز منه والتغيب لا يمكن الاحتراز منه فسقط
حكمه واما الدليل على انه لا يوكل اذا فرط في طلبه فحديث ابن عباس ان رجلا
ساله فقال اني ارمي فاصمي وانمي فقال كل ما اصميت ودع ما انميت ولان العقر ليس
بذكوة الا بشرط وهو ان لا يدرك ذكوته فاذا قعد عن طلبه جاز ان يكون لو طلبه
ادركه حيا فلم يجز ان يكون العقر ذكوته فلم يحل اكله فان قيل اذا لم يكن به اثر
اخر فالظاهر انه مات من الجراحة قيل له حسن لا يبيح الاكل لهذا المعنى لكن لما
بينا انه لو لم يقعد عن طلبه جاز ان يدركه حيا فيخرج الجرح ان يكون ذكوة
وذلك لا يعلم فلم يحل اكله قال فان رمى صيدا فوقع في الماء لم يوكل وذلك
لما روي في حديث عدي بن حاتم ان النبي عليه السلام قال اذا رميت بسهمك وذكرت
اسم الله تعالى عليه فوجدته من الغد ولم تجده في ماء وليس فيه اثر غير سهمك
فكل فهذا يدل على ان الرمي اذا وقع في الماء لم يوكل ولان جرح السهم ليس ذكوة
مستقرة بدلالة انه لو ادركه وجب ذبحه فاذا احصل سبب من اسباب التلف
يجوز ان يكون الموت منه حرم اكله وليس كذلك اذا ذبح الشاة فوقعت

من سطح فماتت او وقعت في ماء انها يوكل لان الذبح ذكوة مستقرة غير موقوفة
على شرط اخر فلا يعتبر ما حصل بعد ذلك من اسباب التلف قال
وكذلك ان وقعت على سطح او جبل ثم تردى الى الارض لما بيناه قال
وان وقع على الارض ابتدا اكل وذلك لانه لا يمكن الاحتراز من وقوعه على
الارض فلم يعتبر ما يكون منه فاما وقوعه في الماء وعلى سطح ثم على الارض
فيمكن الاحتراز منه فافترقا قال وما اصابه المعراض بعرضه
لم يوكل وان جرح اكل وذلك لما روي في حديث عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله
اني ارمي بالمعراض فاصيب فاكل قال اذا رميت بالمعراض فقال اذا رميت بالمعرا
ض وذكرت اسم الله تعالى فكل وان اصيب بعرضه فلا تاكل قال
ولا يوكل ما اصابته البندقة وان مات منها لانه عليه السلام اعتبر الجرح في خبر
المعراض في الاباحة وحرم ما عدم فيه الجرح فيما قتله الحجر والخشب والبندقة
لم يوجد فيه شرط الاباحة فبقي على التحريم قال واذا رمى
الى صيد فقطع عضوا منه اكل الصيد ولم يوكل العضو وذلك لقوله عليه السلام
ما ابين من حي فهو ميت وهذا يتصور في سائر الاعضا غير الراس
قال وان قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز اكل وان كان الا
كثر مما يلي الراس اكل الاكثر ولم يوكل الاقل وقال الشافعي يوكل الجميع في الوجهين
لنا قوله عليه السلام ما ابين من حي فهو ميت وهو عام فان قيل الخبر خرج على
سبب وهو انهم كانوا يقطعون الاليات فياكلونها ويبقى الغنم حيه
فلا اليه قيل له المعتبر بالاتفاق بعموم اللفظ دون خصوص السبب ولان

البندقة طينة مدورة يرمى بها

الطريقة هي التي يعرف بها الفرق بين المسميات واهل اللغة والشعرا
بيننا وبين العرب وقد بينوا ذلك في كتبهم وهو مشهور عندهم وفي كتبهم
واشعارهم ولان الامة اجمعت على تحريم الخمر وتكفير جاحدها واجمعوا
ان مستحل غير الخمر لا يكفر فدل على ان احدهما غير الاخر ولانهم اجمعوا
على تحريم الخمر واختلفوا في تحريم النبيذ وموضع الاجماع غير موضع
الخلاف فان قيل الخمر انما سميت خمرا لمخامرة العقل وهذا موجود
في النبيذ قيل له هذا غلط لان الخمر انما سميت خمرا لتخمره ولو سلمنا
ما قالوه لم يلزم ان يطرد اللغة بين ذلك ان العرب سمت الفرس اذا اجتمع
فيه البياض والسواد ابلق ولم يقولوا للثوب ابلق وسموا النجم نجما
لظهوره يقال نجم اذا ظهر ولم يسموا كل ظاهر نجما فلا يمتنع ان يسموا الخمر
خمرا لمخامرتها العقل ولا يسموا كل ما خامر العقل خمرا فان قيل
روي عن النبي عليه السلام كل مسكر خمر قيل له روي عن يحيى بن معين ان هذا لا يصح
عن رسول الله عليه السلام ولو ثبت لم يكن فيه دليل لان النبي عليه السلام لا يعلمنا الاسا
مي وانما يعلمنا الاحكام فكانه قال من اسكر كثيره فحكمه حكم الخمر وكذلك معنى
قوله عليه السلام الخمر من الكرم والنخل والحنطه والشعير والذرة فان قيل
روي عن النبي عليه السلام انه قال كل مسكر حرام وما اسكر قليله وكثيره حرام
قيل له يحتمل ان يكون ذلك قاله قبل الاباحة وقد بينا في حديث ابن مسعود
ان الاباحة حدثت بعد الخمر ولان المسكر ما حدث عنده السكر كما ان المولم ما
حدث عنده الالم والسكر انما يكون بالقدح الاخير دون غيره والبسير

لا يسمى مسكرا العالم تحدث عنده السكر كما لا يقال البسير الطعام مشبع وان
حدث الشبع منه مع غيره ولان قوله ما اسكر كثيره فقليله حرام صحيح على
قولنا لانه اذا شرب الكثير فشربه فالمحرم ما عنده حدث السكر وهو القليل
وما قبل ذلك غير محرم ففي الحقيقة المحرم هو اليسير مما يسكر كثيره فان
قيل السكر لا يقع بالقدح الاخير الا بعد تقدم غيره عليه فصار السكر
بالجميع قيل له لا يمتنع ان يكون الاول شيئا وتكون العلة ما حل راها الحكم
وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما يوافق ذلك وهو قوله الكاس المسكر هي
الحرام فان قيل الشده المطربه سبب التحريم الدليل على ذلك الخمر قيل له الخمر
لا يجوز ان يكون حرمت لهذه العلة الا ترى ان قليلها وكثيرها حرام
وهذه العلة لا يوجد في القليل وقد سلك بعض الجهال في هذه المسئلة
طريقه فقصد بها التشنيع والتشنيع عند العوام لما ضاق عليه طريق
الحجة لما روي عن النبي عليه السلام انه قال ليشربن ناس من امتي الخمر و
يسمونها بغير اسمها قال هذا القايل وهم اصحاب ابي حنيفة رضي الله عنه وهذا كلام
جاهل بالاحكام والنقل والاثار ومتعصب قليل الورع لا يبالي ما قال
ثم قال هذا القايل ما رميت بهذا القول اصحاب ابي حنيفة وانما السلف
الصالح اردت بذلك ولم يمكنك التصريح بذلك لان اصحاب ابي حنيفة لم
يبتدعوا في ذلك قولا بل قالوا بما قاله ايمة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ووجوه التابعين ومن هم وكيف يطعن على عمر وعلي رضي الله عنهما وابن مسعود وابن
عباس وعمار بن ياسر رضي الله عنهم وعلقمه والاسود وابراهيم انهم شربوا

حديث نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اتي بقدح فقربه الى فيه ثم رده
فقال له بعض جلسايه احرام هو يا رسول الله فقال ردوه فردوه فدعا بما فصبه
عليه ثم شرب منه ثم قال انظروا هذه الاشربة اذا اغتلمت عليكم فاقطعوا
متونها بالما فان قيل كان حامضا قيل له لا يصح لانه انما يقال اغتلم من الشدة
لا من الحموضة ولان الخل لا يشبه للناس وقد روى ابو مسعود الانصاري
ان النبي عليه السلام عطش وهو يطوف بالبيت فاستسقى فاتي بنبيذ من السقاية
فشمه وقطب وقال علي بذنوب من ما زمزم فصب عليه وشرب وذكر
ابن قتيبه في كتاب الاشربه باسناده عن زيد عن علي انه شرب واصحابه نبيذا
شديدا في وليمة فقيل له يا ابن عم رسول الله حدثنا بحديث سمعته من
ابيك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في النبيذ فقال حدثني ابي عن جدي عن علي ابن
ابي طالب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ستنزل امتي منازل بني اسرايل حذو
القذة بالقذة والنعل بالنعل الى ان قال ان الله تعالى ابتلى بني اسرايل بنهر طالوت
احل منه الغرفه وحرم منه الري الا وان الله تعالى جعل فيكم النبيذ احل
منه الري وحرم منه السكر وقد روي من طرق كثيرة مختلفة ان النبي عليه السلام
قال كنت نهيتكم عن الاوعيه ثم رايت انها لا تحرم شيا فانتبذوا واشربوا
ولا تشربوا مسكرا ووجه الدليل ان النهي عن الاوعية كان لما يحدث فيه من
الشدة ثم اباح الانتباذ فدل على اباحة المشتد بعد الحظر ما لم يسكر ولانه
يستحيل ان يقول بحكم شرب ما لا اسكار فيه واجتنبوا المسكر وانما يصح
هذا الكلام في المسكر فيباح منه القليل ويحرم منه الكثير المسكر وعن عمر

انه قال انا ناكل لحم الجزور ونشرب النبيذ الشديد ليقطعه في بطوننا
وروي انه اتي بسكران فقال له انما شربت من اداوتك فطلبها فحرجا فلم يجد
عنده ثم اخذ الاداوه فشرب منها وقطب وعن عبد الله بن مسعود انه قال
شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم وشهدت اباحته وعسى تحكي عن
الحظر والاباحة لا يكون الا من صاحب الشريعة وعن الشعبي قال رزق
علي بن ابي طالب الناس طلا من طلا عاتان فشرب منه رجل فسكر فجلده وقال
عبد الرحمن ابن ابي ليلي شربت عند علي ابن ابي طالب رضي الله عنه نبيذا فخرجت من
عنده عند المغرب فارسل معي نفرا يهديني الى بيتنا واباحه النبيذ امر
مشهور عند فقها المصرين الكوفه والبصره وكان امرنا هو في اصحاب
علي وابن مسعود ولان الاشربة كانت كثيرة بالمدينه من غير العنب
وكانت الخمر قليلة لانها كانت تجلب اليهم من الشام وبهذا الاحكام تجب
للحاجة وتحريم ساير الاشربة كتحريم الخمر عند المخالف فكانت الحاجة الى
بيان التحريم ساير الاشربة كالحاجة الى بيان تحريم الخمر بل اقوى لشدة
حاجتهم اليها فلما وجدنا تحريم الخمر من طريق الخبر مقطوع به يقع به العلم
ويكفر جاحده ولم يوجد في النبيذ علمنا ان حكمنا مختلف في التحريم فان
قال المخالف ان ساير الاشربة محرمه بتحريم الخمر لان اسم الخمر يتناول كل شراب
مسكر قيل له هذا غلط لان الاسما طريق اثباتها النقل وقد وجدنا العرب
سمت عصير العنب المشتد خمرا وسموا غير ذلك نبيذا وفضيخا وبتعا
من الدرم وتخصيص كل واحد منها باسم يدل على انه لا يسمى باسم الاخر وهذا

فاما ذبيحة الصبي والمجنون فان كانا يعقلان الذبح ويضبطان القسمة فانها
توكل وكذلك السكران فان لم يعقلوا ذلك لم يوكل لانه ذبح من غير تسميه اذا
كان لا يعقل التسميه قال رحمه الله ولا يوكل ذبيحة المرتد والمجوسي و
الوثني والمحرم وذلك لان الاباحة ماخوذة من الشرع فقد وردت مختصة باهل
الكتاب دون غيرهم ممن سواهم على اصل الحظر ولان المرتد لا يقر على الدين
الذي انتقل اليه فصار بمنزلة الوثني الذي لا يقر على دينه قال واما المحرم اذا
ذبح الصيد في الحل او في الحرم فانه لا يوكل وذلك لان الله سبحانه وتعالى سمى ذبح
المحرم قتلا فقال لا تقتلوا الصيد وانتم حرم والقتل في الشرع عبارة عما
لا يوكل ولانه ممنوع من الذبح لمعنى فيه من جهة الدين فصار كالمجوسي
ولا يوكل ايضا ما ذبحه الحلال من الصيد في الحرم وذلك لانه ممنوع من ذبحه
في الحرم لحق الله تعالى كما منع المحرم من ذلك حال احرامه فان ذبحا غير الصيد
جاز الاكل لانه لا يمنع من ذبحه فصار كالحلال اذا ذبح في غير الحرم
قال رحمه الله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة منه لا توكل وقال
الشافعي يوكل وكذلك الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال الكلب على الصيد
لنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق وهذا نهي
وظاهره التحريم ولما روي في حديث عدي بن حاتم ان النبي عليه السلام قال له اذا
ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل والمقصود هذا الكلام بيان
ما يحل وما يحرم وقد ورد ان الاباحة موقوفة على هذا الشرط وروي
انه قال له ايضا وان شاركه كلب غير معلم فلا ياكل فانك انما سميت على كلبك فحل

العلة في التحريم عدم التسمية ولان ذبح الهدايا قربة مقصودة بنفسها
شرع فيها ذكر الله تعالى وكان شرطا كتكبيرة الصلوة فان قيل ذكوة لم يفقد
فيها غير التسمية فوجب ان يكون مبيحه كما لو تركها ناسيا قيل له لا نسلم
انه لم يفقد غير التسمية لانه اذا تركها مع الذكر فقد خالف موضوع الشرع
وتشبه بالمذكين والناسي لا يوجد فيه ذلك ولان النسيان عذر وقد سقط
الفرايض في حال العذر وان لم يسقط عند عدمه قال ش وان تركها
ناسيا اكل وقال مالك لا يوكل لنا ما روي ان النبي عليه السلام سيل عمن نسي التسمية
على الذبيحة فقال عليه السلام اسم الله على لسان كل مسلم ولان الناس غير مخاطب بما
نسيه فاذا كان كذلك فلم يترك عند الذبح فرضا عليه فجاز الاكل وقال وكذلك
قالوا في الكتابي ان ترك التسمية عامدا لم يوكل ذبيحته لان عدم ذلك من المسلم
لما منع الاكل فعدمه من الكتابي اولى قال ش في الحلق واللبة وذلك لقوله
عليه السلام الذكوة في الحلق واللبة وروي انه عليه السلام قال الذكوة ما بين اللبة و
اللحيين قال ش والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمري
والودجين فاذا قطعها حل الاكل وذلك لانهم اجمعوا على اعتبار هذه العروق
ان من قطعها فقد اتى بالذكوة المامور بها على تمامها قال ش وان قطع
اكثرها كذلك عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد لابد من قطع الحلقوم والمري
واحد الودجين وجه قول ابي حنيفه انه قطع اكثر العروق فوجب ان يحل كما
لو قطع الحلقوم والمري واحد الودجين وجه قولهما ان كل واحد من هذه
العروق تختص بمعنى العروق فالحلقوم مجرى النفس والمري مجرى

للطعام والودجين مجرى النفس الدم فلا بد من كل قطع كل ذلك الا ان احد الودجين
ينوب عن الاخر ولا ينوب عن الحلقوم والمري شي فيجب قطعهما هذا هو
الظاهر من قولهم وكان ابو الحسين يقول لابد من قطع الاكثر من كل واحد من
العروق عند ابي حنيفه وظاهر رواية ابو يوسف عنه يقتضي خلاف ذلك وعن محمد
لابد من قطع الاربعة والاكثر من كل واحد قال الا ان يبقى ترك واحد من هذه العروق
وبقي الحيوان اكثر منها المذبوح فصار كقطع الحلقوم وقد قال الشافعي اذا قطع
الحلقوم والمري حل وان لم يقطع احد الودجين وهذا لا يصح لقوله عليه السلام
ما انهر الدم وفري الاوداج فكل وانهار الدم يكون بقطع الودج الذي هو مجرى
الدم ثم ذكر الاوداج بلفظ الجمع وحقيقته ثلثة فمن اعتبر اثنين فقد خالف الظا
هر ولان مجرى لما به قوام الحيوة فكان قطعه شرطا في الذكوة كالحلقوم و
المري فان قيل قطع موح من محل الذكوة وكان ذكوة صحيحة اصله اذا قطع
الاكثر قيل له لا نسلم انه موح ولانه اذا قطع الاكثر فقد حصل العفو في العروق
التي شرطت في كمال الذبح واذا ترك الودج والمقصود به لا يستدرك بغيره
صار كما لو ترك الحلقوم قال ش ويجوز الذبح بالليطة والمروة
وبكل شي انهر الدم الا السن القايمة والظفر القايم والاصل في جواز الذبح
بغير الحديد ما روي عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله ارايت احدنا اصاب
صيدا وليس معه سكين اتذكي بمروة او بشقة العصا فقال انهر
الدم بما شيت واذكر الله تعالى واما السن القايمة والظفر القايم المتصل فان
لا ياتي به القطع لان التصرف لا يقطع فيه كالتصرف في الالة المنفصلة

وانما يعتمد به فيفسخ فلذلك لم يحل واما السن المنفصل والظفر المنفصل فيجوز
الذبح بهما وقال الشافعي لا يجوز لنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شيت وكل ولانها
الة تفري الاوداج وتقطع فجاز الذبح بها كالحديد فان قيل روي ان رافع بن
خديج قال قلت للنبي اذا لم يكن مدى انذكي بالليطة فقال عليه السلام ما انهر الدم
وذكر اسم الله تعالى عليه فكلوا الا ما كان من سن او ظفر فان السن عظم
من الاسنان والظفر مدى الحبشة قيل له المراد بذلك السن القايمة والظفر
القايمة بدليل ان الحبشة كانت تفعل ذلك اظهار الجلد وبدليل انه روي في بعض
الاخبار الا ما كان قرضا بسن او جزا بظفر والقرض انما يكون بالسن القايمة
قال ش ويستحب ان يحد الذابح شفرته وذلك لما روي شداد بن اوس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شي فاذا قتلتم
فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح
ذبيحته قال ش وان قطع بالسكين النخاع او قطع الراس كره له
ذلك ويوكل ذبيحته وذلك لان زيادة في المها لا يحتاج اليه في الذكوة فكره له
فعله كما لو جرحها ثم ذبحها وقد روي ان رجل النبي عليه السلام رآ رجلا قد اضجع
شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها ميتات الا حددتها قبل
ان تضجعها وراي عمر رضي الله عنه رجلا قد اضجع شاة وترك رجله على صفحة
وجهها وهو يحد الشفرة فضربه بالدرة وقال هلا حددتها قبل ان تضع رجلك موضع وضعتها فهذا ادل على كراهة كلما يزيد في المها وانما قلنا يوكل
لان الذكوة قطع العروق المشروطة وقد وجد ذلك فما زاد على ذلك لا يمنع

الاكل بعد وجود الذكوة قال ش وان ذبح الشاة من قفاها فان بقيت
حية حتى قطع العروق جاز ويكره ذلك لان قطع العروق المشروطة في الذكوة
وجد مع حيوتها وما زاد على ذلك هو كما لو جرحها فيكره ولا يمنع الاكل
قال ش فان ماتت قبل قطع العروق لم يوكل لان الذكوة لم توجد الا
ترى ان الذكوة انما يكون بقطع العروق مع وجود الحيوة ولم يوجد ذلك
قال ش وما استانس من الصيد فذكوته الذبح وذلك لان الجرح في الصيد
انما اقيم مقام الذكوة لعدم ثبوت اليد عليه فاذا استانس صار كالغنم
فيعتبر اصل الذكوة وهو الذبح قال ش وما توحش من الغنم فذكوته
العقر والجرح والاصل في ذلك ما روي ان بعيرا ند فرماه رجل فقتله
فقال رسول الله عليه السلام ان لهذه الابل اوابد كاوابد الوحش فاذا اصنعت
هكذي فاصنعوا بها هكذي ولان الحكم لا يعود الى الجنس وانما يتعلق
بالقدرة وعدمها فاذا لم يقدر على المستانس فصار كالصيد فاذا قدر
على المستوحش صار كالمستانس قال ش والمستحب في الابل النحر
فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح وان نحرها جاز
ويكره والاصل في ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في التاويل وانحر الابل
وقال في الغنم وفديناه بذبح عظيم سماه ذبحا وقال ان الله يامركم ان تذبحوا
بقرة وذبح النبي عليه السلام البقر والغنم ونحر الابل ولان المعتبر في الذكوة الاسهل
على الحيوان بدليل ان ما روي ان النبي عليه السلام قال ان الله كتب الاحسان على كل
شي فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد

احدكم شفرته وليرح ذبيحته والاستحلة الابل النحر لان الحلق منها ليس عليه لحم
وما سواه من حلقها عليه لحم كثيف والغنم والبقر حلقها على حد واحد فلذلك
لم تنحر فاما وجه الكراهة فلان زيادة في الما لا يحتاج اليه في الذكوة كما لو
جرحها في موضع اخر وعن مالك اذا ذبح البعير لم يوكل ولا يصح لقوله عليه السلام انهر
الدم بما شيت وكل قال ش ومن نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فوجد
في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة
قوله عليه السلام الذكوة في الحلق واللبة وقال ما انهر الدم وفري الاوداج ولانه لا
تخلوا اما ان يكون من جنس الحيوان المقدور فيشترط ذبحه او من جنس ما
لا يقدر على ذكوته فيشترط عقره ولم يوجد ذبح ولا عقر فلا تحل فان قيل روي
عن النبي عليه السلام انه قال ذكوة الجنين ذكوة امه قيل معناه مثل ذكوة امه فحذف
المضاف واقام المضاف اليه مقامه وهذا كثير في الكلام قال الله تعالى فنشاربون
الهيم يعني مثل شرب الهيم فان قيل انه في حكم الجزء منها بدليل انه يعتق بعتقها
ويدخل في بيعها من غير تسمية قيل له وهو في حكم الحيوان المنفرد بدليل
جواز انفراده عنها في الزكوة وفي الاباحة وينفرد بالوصية ويورث عنه
ارثه فاما دخوله في البيع فليس لما قالوه لكن لو لم يدخل في البيع لفسد
باستثنائه واما عتقه فعتقها لو لم يعتق انفصل من حرة والحرة لا تلد مملوكا
وقد قال ش اصحابنا اي شي ذكر من اسما الله تعالى على الذبيحة اجزاه وكذلك
او قال الحمد لله او سبحان لان الواجب عليه ذكر اسم الله تعالى وقد وجد فلا يختلف

دون اسم وقد قال ش ولو اراد ان يذبح شاة فسمى ثم تكلم مع غيره فطال الكلام
او اشتغل بشي اخر ثم ذبحها لم تحل لانه لما طال الكلام فصل بين التسمية والنحر
فصار كانه سمى في يوم وذبح في اخر واما اذا كان شيئا يسيرا فانه لا يوثر ولانه يصعب
التحرز عنه وتحل اكله قال ش ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع و
ذي مخلب من الطير لما روي ابن عباس ان النبي عليه السلام نهى عن كل ذي ناب من السباع
وذي مخلب من الطير وفي حديث اخر نهى عن كل ذي مخلب من الطير وعن كل ذي
ناب من السباع وعن المجثمة وان توطى الحبالى حتى يضعن بطونهن وقد قال
الشافعي يجوز اكل الضبع والثعلب وهذا لا يصح لما روي عن علي وابن عباس
ان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير ولانه سبع
ياكل الجيف كسائر السباع فان قيل قال الله تعالى ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم
الخبائث قالوا والضبع من الطيبات قال الشافعي ما زال الناس ياكلونه ويبيعونه
من الصفا والمروة قيل له قوله ويحل لهم الطيبات قيل في التفسير الشحوم التي
كانت محرمة على بني اسرايل ويحرم عليهم الخبائث الخنزير والميتة وعلى انه
يجب ان لا يظن انه الاباحة توقفه على ما كانت العرب يستطيبه كانهم كانوا
يستطيبون الخمر ولحم الخنزير ويكون ما دب ودرج الا ما حرم وكذا لا حرام
قال ش ولا باس بغراب الزرع لانه ليس بسبع ولا ياكل الجيف وقد قال
ابا يوسف الذي يحصل في اكله لو حلقه وهيئة مخالفة للغراب في صغره
يطير في المنازل وبالقرب من الجلم ويطير ويرجع قال ش ولا يوكل الابقع الذي
ياكل الجيف وقد دل على تحريم ذلك نهيه عليه السلام عن كل ذي مخلب من الطير ولانه

ياكل الجيف والميتات فكره لذلك وقال ش ويكره اكل الضبع والضب
والحشرات كلها وذلك لان كل سائر الحشرات بيننا والنجاسة وذلك من
اسباب الكراهة ولانها مستخبثة في نفسها فدخل في قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وقد قال الشافعي يجوز اكل الضب والقنفذ وابن عباس عرس وابن آوى
وعندنا يكره لما روي عن عبد الرحمن ابن حسنة قال نزلنا ارضا كثير الضباب
فاما ما يجعل فلحي منها وانها لتغلي بها القدور اذ خرج النبي عليه السلام فقال ما هذا
فقلنا ضبابا اصبناها فقال ان امة من بني اسرايل مسخت دوابا واني
لاخشى ان يكون هذه فالقوها وعن عايشة رضي الله عنها انه اهدي اليها ضبا فدخل
رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالته عن اكله فنهاها عنه فجا سايل فقامت لتنا وله اياه
فقال عليه السلام انطعمينه ما لا تاكلون فان قيل عن ابن عباس قال اهدت خالتي ميمونة
الى النبي عليه السلام سمنا واقطا وضبا فاكل على مائدته وعن ابي سعيد الخدري الضب
احب الي من دجاجة سمينة قيل هذه الاخبار يفيد الاباحة واخبارنا يفيد الحظر
فهي اولى قال ش ولا يجوز اكل لحم الحمير الاهلية والبغال وذلك لحديث جابر
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن اكل لحم الحمر الاهلية وروي خالد بن الوليد قال
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل لحوم البغال والحمير قال ش ويكره لحم الفرس
عند ابي حنيفة وقد قال ابو يوسف ومحمد لا يكره وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة
حديث خالد بن الوليد ان النبي عليه السلام نهى عن اكل لحوم الخيل والبغال والحمير وكل
ذي ناب من السباع وقد روي ان ابن عباس سيل عن ذلك فتلا قوله والخيل
والبغال والحمير لتركبوها بين ان الاكل لو جاز لم تختص المنة بالركوب ولانه

ذو حافر اهلي فكره اكله كالحمار وجه قولهما حديث جابر قال اطعمنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم لحم الخيل ونهانا عن لحم الحمير وروي نهانا يوم خيبر عن لحوم الحمر واذن لنا
في لحوم الخيل قال ش ولا باس باكل الارنب وذلك لما روي عن عمار بن ياسر
قال كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فاهدي له اعرابي ارنبة مشوية فقال لاصحابه
كلوا قال ش واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمي
والخنزير فان الذكوة لا تعمل فيهما وقال الشافعي الذكوة لا يوثر في جميع ذلك
لنا قوله عليه السلام الذكوة في الحلق واللبة ولانه يجوز ان يطهر جلده بالدباغ
فاثرت فيه الذكوة كالشاة فان قيل ذبح لا يفيد الاباحة فلا يفيد الطهارة
اصله ذبح المجوسي قيل له لا نسلم انه لا يعمل في الاباحة لان المضطر اليها لا ياكل منها
الا بعد الذبح حكم الاكل معارض للطهارة الا ترى ان الدال على اسميه اذا ذبح حرم عليه
وهو طاهر واما المجوسي فاجمعوا ان ذكاته لا يوثر لمعنى فيه الا لمعنى في المذبوح ولهذا
استوي ما يوكل وما لا يوكل فاما الادمي والخنزير فمقطوع بنجاسة بتحريمهما والذكوة
يحتاج اليها للاباحة وذلك لا يوجد مع القطع بالتحريم وغير ذلك من الحيوان غير
مقطوع فيه بالتحريم فجاز ان يوثر الذكوة فيه قال ش ولا يوكل من حيوا
ن الما الا السمك ونص الشافعي على اباحة جميعه وقال ابن ابي ليلى لا يوكل الضفدع
لنا قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وهو عام في خنزير البر
والبحر وقال النبي عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان والمحصور بعدد يدل على ما
عداه بخلافه وسيل النبي عليه السلام عن الضفدع يطرح في الدوا فقال خبيثة من الخبا
يث فان قيل قال الله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه قال عمر الصيد ما صيد

والطعام مادي قيل له الصيد عبارة عن فعل الاصطياد وفعل الاصطياد مباح
عندنا والخلاف في الاكل وقد يجوز اصطياد ما لا يوكل لينتفع به في غير الاكل
قال ش ويكره اكل الطافي منه والطافي ما مات حتف انفه من غير
سبب حادث فيه وقال الشافعي لا يكره لنا ما روى جابر ان النبي عليه السلام
قال ما القى البحر او جزر عنه فكلوه وما طفى فلا تاكلوه وعن علي رضي الله عنه قال عليه السلام
لا تبيعوا في اسواقنا الطافي وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ما دسره البحر
فكله وما جزر عنه على الماء فلا تاكله ولان حيوان له دم سايل فاذا مات حتف
انفه لا ياكله اصله حيوان البر فان قيل قال النبي عليه السلام في البحر هو
الطهور ماؤه والحل ميتته قيل له ميتة البحر ما اضيف اليه موته و
هذا لا يكون الا اذا القاه او مات من برده او من حره وذلك مباح عندنا
ولان قوله الحل ميتته عام وقوله وما طفى فلا تاكله اخص منه فيقضا به
عليه فان قيل ما حل بغير ذبح مع القدرة عليه حل بموته حتف انفه كالجراد
قيل له السمك اخذ شبها من الجراد لانه ليس له دم نجس واخذ شبها
من الحيوان الذي له دم سايل فيجب ان يعطا حكمهما ولا يلحق باحدهما
دون الاخر فيعطا حكم شبهه بغير الجراد بان يقف اباحته على فعل حادث
فيه واما ما مات من الحر والبرد او كدر الماء ففيه روايتان احديهما يوكل
لانه مات بسبب حادث فصار بمنزلة ما القاه الماء على اليبس وفي الاخرى
لا يوكل لان الحر والبرد صفة للزمان وليس من حوادث موته في الغالب
قال ش ولا باس باكل الجريث والمارماهي لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان
ودمان

السمك والجراد وهو عام في ساير انواع السمك وقد روي عن علي وعن ابن عباس
رضي الله عنهما اباحة الجريث ولا يعرف لهما مخالف قال ش ويجوز اكل الجراد
ولا ذكوة له وذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد
والطحال وانما قلنا لا ذكوة له لانه سماه ميتة وهذه الصفة ما لم يذبحها وقد روي
عن النبي عليه السلام انه نهى عن اكل لحوم الابل الجلالة والجلالة هي التي لا تخلط من اكلها النجا
سة فيها نهى عنها لانها تستقذر في الغالب كالطعام المنتن وقد روي انه عليه السلام
نهى ان يشرب البانها لان لحمها اذا تغير تغير لبنها وقد نهى ان يحج عليها وان
يعتمر وهذا محمول على انها تنتن في نفسها فمنع من استعمالها لئلا يتاذى
بريحها فاما التي تخلط فليس بحاله وعن ابي حنيفة رحمه الله انها تحبس حتى يطيب
لحمها ثم تؤكل ولم يوقت في ذلك لانه اذا زال المعنى الموجب للكراهة زال الحكم
وقد روي في الدجاج انه تحبس ثلثة ايام روي ذلك عن النبي عليه السلام انه كان يفعل
ذلك ثم ياكله وقد روي عن مجاهد رضي الله عنه قال كره رسول الله عليه السلام من الشاة
الذكر والانثيين والقبل والغدد والمرارة والمثانة والدم اما الدم فهو
حرام بالنص وغير ذلك مكروه لانه يستخبث وقد روي ان ابن عمر سيل عن
القنفذ فتلا قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الاية فقال شيخ
عنده لك سمعت ابا هريرة يقول ذكر القنفذ عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال خبيثة من الخبايث فقال ابن عمر ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ذلك فهو كما قاله

كتاب الاضحية

الحقوق الواجبة في المال على ضربين منها ما يجب فيه التمليك كالزكوة ومنها

ما يجب فيه الاتلاف كالعتق والاضحية من جنس العتق لان الواجب فيها الاتلاف
والاضحية عند ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن بن زياد رضي الله عنهم واحدى الروايتين عن ابي يوسف واجبة وذكر ابو يوسف في الجوامع انها سنة موكدة
وهو قول الشافعي وجه قولنا قوله تعالى فصل لربك وانحر وهذا امر يحر قرن
بالصلوة وما ذلك الا الاضحية وروي مخنف بن سليم ان النبي عليه السلام قال على اهل
كل بيت كل عام اضحية وعتيرة وهذا من الفاظ الوجوب وفي حديث اخر ان النبي
عليه السلام قال من ذبح قبل الصلوة فليعيد وهذا امر وفي حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام
من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا والوعيد لا يستحق الا بترك الواجب ولانها
عبادة تفوت بفوات هذه الايام فكانت واجبة كالجمعة فان قيل حديث ام
سلمة ان النبي عليه السلام انه قال من راى منكم هلال ذي الحجة واراد ان يضحي فلا ياخذ
من شعره ولا من ظفره حتى يضحي ولو كانت واجبة لم يعلقها بالارادة قيل له ليس هذا
ارادة التخيير الا ترى انها عندنا واجبة وعندكم سنة وعند الجميع ليس
بتخيير فعلم ان المراد الارادة التي تخرج بها الانسان من السهو الى القصد وهو
كقوله من اراد الحج فليتعجل ومن اراد الصلوة فليتوضا فان قيل حديث ابن
عباس ان النبي عليه السلام قال ثلث كتبت علي ولم يكتب عليكم النحر والوتر وركعتا الفجر
قيل له كذلك نقول الاضحية عندنا واجبة وليست مكتوبة ما يثبت بدليل
مقطوع به والواجب ما يثبت بدليل مظنون فان قيل ذبح لا يجب على المسافر
فلا يجب على المقيم كالعقيقة قيل له المسافر يلزمه ان يضحي عن اولاده
الصغار المقيمين وايضا فالمقيم يلزمه فرض لا يلزم المسافر كالجمعة

واتمام الصلوة فلا يصح اعتبار المقيم به والمعنى في العقيقة انه ذبح يجوز تقديمه على يوم النحر
فلم يجب باصل الشرع والاضحية ذبح لا يجوز تقديمه على يوم النحر فكان واجبا باصل الشرع
قال رحمة الله الاضحية واجبة على كل مسلم حر مقيم موسر في يوم الاضحى اما وجوب الاضحية
فقد دللنا عليه واما اعتبار الحرية في الوجوب فلانها عبادة يعتبر في وجوبها المال
فلا يلزم العبد كالزكوة ولانها تتعلق بايام النحر فلا يثبت في حق العبد كرمي الجمار واما اعتبار
الاسلام فلانها عبادة شرعية كساير العبادات واما اعتبار الاقامة فلانها عبادة ليست
تختص بوقت معين ولو وجبت على المسافر لتشاغل بها عن السفر فسقطت عنه
كالجمعة والاتمام واما اعتبار الغنا فلقوله عليه السلام من وجد سعة فليضح ولانها حق
يخرج من المال يتعلق بسبب من جهته فاعتبر فيه الغنا اصله صدقة الفطر
وقد قال ش في حد ذلك اذا ملك مايتي درهم سوى ما يحتاج اليه من منزله وثيابه
واثاثه لان بذلك يخرج من حد الفقر بدليل وجوب الزكوة عليه واما قوله في يوم
الاضحى فهو انه يدخل وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه يعتبر في جوازها
تقديم شرط وهو الصلوة في حق الحاضر بالصلوة في وقتها فان فات وقت الصلوة
جازت الاضحية وان لم يصل الامام وقال الشافعي وقت الوجوب ان يمضي من يوم النحر
قدر صلوة النبي عليه السلام وقدر خطبتين خفيفتين لنا قوله عليه السلام من كان منكم ذبح
قبل الصلوة فليعد ولم يعتبر مضي قدر من الوقت في جواز ذلك ولا سال عن ذلك ولو
تغير فريضة لسهاها النبي عليه السلام على صلوة العيد فلا يجوز مع بقا الخطاب بها في وقت الصلوة
اصله الخطبة فان قيل لو كان وقت جاز وقت لاهل السواد ان يذبحوا جاز لاهل
الامصار اصله بعد الصلوة قيل له وقت الوجوب يدخل بطلوع الفجر وبعتبر

في فعلها شرط وهو سقوط الخطاب بفعل الصلوة في حقه وقد سقط في
حق اهل السواد فصاروا كاهل المصر اذا صلوا ولهذا قلنا لو ترك الصلوة حتى
زالت الشمس جاز الذبح لو اسقط الخطاب بفعل الصلوة في وقتها قال ش
عن نفسه وولده الصغار اما وجوبها عن نفسه فقد قدمناه واما وجوبها عن
ولده الصغار ففيه روايتان احدهما انها تجب لانه حق متعلق بيوم العيد
كالفطر والرواية الاخرى لا تجب لانها لما لم تجب عن عبده لم تجب عن ولده وانا
قلنا انها لا تجب عن العبد لان الناس احد قائلين اما من اوجبها على الانسان
دون غيره او من اوجبها عن نفسه وعن ولده الصغير لان في حاجته ... منه
فسقوطها عن العبد اجماع قال ش يذبح عن كل واحد ... شاة
ولانهم اجمعوا ان الشركة لا تجوز في الشاة وانها اقل ما يجزي في الاضحية
قال ش ويذبح بدنة او بقرة عن سبعة وهذا الذي ذكره استحسان
والقياس ان لا تجوز عن اكثر من واحد لان ذبح واجب كذبح الشاة وو
جه الاستحسان ان النبي عليه السلام اشرك بين اصحابه في البدن فجعل البدنة
عن سبعة وعن جابر قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة
والبقرة عن سبعة قال ش وليس على الفقير والمسافر اضحية
ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الا
مصار الذبح حتى يصلي الامام العيد وقد بينا جميع ذلك قال ش فاما اهل
السواد فيذبحون بعد الفجر وذلك لان اهل السواد ليس عليهم صلوة
العيد فهم بعد طلوع الفجر بمنزلة اهل المصر اذا صلوا صلوة العيد

قال ش وهي جايزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة
ايام بعده فهي عنده اربعة ايام لنا ما روي عن علي وعمر وابن عباس وابن عمر
وانس رضي الله عنهم ان ايام النحر ثلث افضلها اولها ولان تخصيص العبادة بوقت
لا يعلم الا من جهة التوقيف فكانهم رووا ذلك عن النبي عليه السلام ولان اليوم الرابع لا يجب
فيه الرمي فلا يجوز فيه النحر كما بعده فان قيل في خبر جبير بن مطعم ان النبي عليه السلام
قال ايام منى كلها ذبح قيل له لو صح هذا الخبر قلنا بموجبه لانها عندنا محل الهدي
... الاضحية فان قيل يوم يشرع فيه الرمي فوجب ان يكون وقتا للا
ضحية اصله يوم النحر قيل له الذبح غير معتبر بوقت الرمي بدليل انه يجوز
عندهم في النصف الاخر من ليلة النحر ولا يجوز الذبح فيه وعندنا الرمي بعد
طلوع الفجر والذبح بعد الصلوة قال ش ولا يضحي بالعميا والعرجا والعورا
التي لا تمشي ولا العجفا وكذلك لحديث البرا بن عازب قال سمعت النبي عليه السلام يقول
وهو يشير باصابعه لا تجزي في الاضحيا اربعة العورا البين عورها والعرجا
البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفا التي لا تنقي وعن النبي عليه السلام
قال استشرفوا العين والاذن قال ش ولا يجوز المقطوعة
الاذن والذنب ولا التي ذهب اكثر اذنها فان بقي الاكثر من الذنب والاذن جاز
وذلك لقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن فاعتبر بقا الاذن واما الذنب
فهو عضو كامل مقصود فصار كالاذن واما اذا ذهب اكثر اذنها وذنبها
فانها لا تجزي لما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان يضحى بعضبا الاذن قال سعيد بن
المسيب هي التي ذهب اكثر اذنها ولان الاكثر يقوم مقام الجميع فاذا

بقي الاكثر لم يعتبر ما ذهب لانها لا تخلو من عيب وان ذهب الاكثر صار كذهاب جميعها
فلم تجز وقد ذكر محمد في الاصل ان ذهب الثلث من الاذن جاز وعن ابي حنيفة
انه لا تجزي وجه رواية الاولى ان الثلث في حكم القليل بدليل جواز الوصية
به وجه الرواية الثانية قول النبي عليه السلام الثلث والثلث كثير قال ش ويجوز
ان يضحى بالجما والخصي والثولا اما جواز الجما فلما روي ان عليا رضي الله عنه سئل عن
القرن قال لا يضرك امرنا النبي عليه السلام ان نستشرف العين والاذن ولان القرن
لا ينتفع به في الاضحية ولا هو منصوص عليه فلم يوثر عدمه واما الثولا فلان الجنون
والعقل غير مقصود في البهايم واما الخصي فلحمه ارطب وانفع فكان اولى وعن
الشعبي ما زاد في لحمه انفع مما ذهب من خصيته ويجوز الجربا اذا كانت
... لانها اذا كانت سمينة والجرب في جلدها وذلك لا يضر لحمها ●
واما الهتما وهي الذاهبة الاسنان فانها لا تجزي وفي رواية اخرى اذا بقي الاكثر
تجزي قال ش والاضحية من الابل والبقر والغنم وذلك لان هذا حكم
مستفاد بالشرع ولم ينقل ان النبي عليه السلام ولا غيره من الصحابة ضحوا بغير ذلك
قال ش يجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي
وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح
الجذع من الضان وقال عليه السلام نعم الاضحية الجذع من الضان ولما قدم ابو بردة
الذبح قال له النبي عليه السلام انها شاة لحم فقال يا رسول الله عندي عناق خير من شاة
لحم فقال عليه السلام تجزي عنك ولا تجزي عن احد بعدك وقد قال ش الفقها الجذ
ع من الغنم ما له ستة اشهر والثني ابن سنة والجذع من البقر ابن سنة والثني

ابن سنتين والجذع من الابل ابن اربع سنين والثني ابن خمسة قال ش ويا كل من
لحم الاضحية ويطعم الاغنيا والفقرا ويدخر وذلك لقوله تعالى فكلوا منها واطعموا
البايس الفقير وقال النبي عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا
واما اطعام الاغنيا فانه يجوز ان ياكل منها وهو غني كذلك غيره قال ش ويستحب
ان لا ينقص الصدقة من الثلث وذلك لان الاية والخبر تضمنا جواز الاكل والتصدق
والادخار فصارت الجهات ثلثا فقسم عليها قال ش ويتصدق بجلدها وذلك لانه
جزء منها فان باعه تصدق بثمنه لان القربة فانت في عينه فينقل الى بدله قال ش
او يعمل منه الة تستعمل في البيت هذا الذي ذكره مثل ان يعمل منها نطعا او سفرة او دلوا
او غربالا وما اشبه ذلك مما ينتفع به وذلك لانه جزء منه من الاضحية فجاز الانتفاع
به بعد ان يعتبر القربة فيه بالذبح اصله لحمها وقد قال اصحابنا له ان يبيعه بهذه
الالة التي ذكرناها وقال الشافعي لا يجوز لنا ان ما حسن من الانتفاع به والصدقة
جاز ان يعوض عنه بما ينتفع به كالقطعة فان قيل روي ان النبي عليه السلام قال لعلي رضي الله عنه
اقسم جلودها وجلالها ولا تعطي اجر الجزار منها قيل النبي عليه السلام اختار الافضل
وذلك عندنا الافضل ان يتصدق به وقد قالوا ايضا لو اشترى هذه الالات بشي من لحمها
جاز لان الافضل في اكل لحمه والتصدق به لان منفعته تحصل وقد قالوا لو
اشترى بجلدها خلا او ابزارا لم يجز لان ذلك لا يستنفع به الا باستهلاك عينه
والمامور ان يبدله بما يقوم مقام عينه قال ش والافضل ان يذبح
اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وذلك لما روى جابر ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين
قال حين وجههما وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا مسلما

واللهم منك ولك عن محمد وعن امته بسم الله والله اكبر وعن علي رضي الله عنه انه كان اذا
ذبح قال بسم الله والله اكبر اللهم منك ولك صلوتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا
شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين فان كان لا يحسن الذبح كره له لان في ذلك
تعذيب الحيوان ومنهي عنه قال رحمه الله ويكره ان يذبحها الكتابي وذلك لان المقصود
بها القربة وفعل الكتابي ليس بقربة قال رحمه الله واذا غلط رجلان فذبح كل واحد
منهما اضحية الاخر اجزا عنهما ولا ضمان عليهما اما جواز الذبح فهو استحسان
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه
فلا يجزي عن الاضحية كشاة القصاب وجه الاستحسان ان الاضحية قد تعينت
فيها وغرض صاحبها ذبحها فاذا ذبحها فقد حصل مقصوده واسقط عنه
مؤونة الذبح فصار كان ذبح بامره واما قوله لا ضمان عليهما فهو قول اصحابنا
المشهور وقال زفر على كل واحد منهما الضمان وقال الشافعي يضمن النقصان
ويتصدق به وجه قول اصحابنا ان الشافعي قال انه ذبح يجزي عن الاضحية فلم يضمن
الذابح كما لو كان بامر صاحبها فان قيل من ضمن الاتلاف الشي ضمن نقصانه بالتعدي
اصله شاة القصاب قيل له لا نسلم انه تعدى بالذبح اذا قصد التخفيف عن صاحبها
جبها او غلط فظنها اضحية نفسه ولان الاتلاف يفوت بغرض المضحي منها
بدليل انه لا يجوز عن الاضحية فلذلك ضمن وليس كذلك الذبح لانه تحصل له غرضه
بدليل جوازها عن الاضحية فصار كالذبح باذنه وقد قالوا لو غلط كل واحد منهما
فذبح اضحية صاحبه واكلها اجزاه ويحلل كل واحد منهما صاحبه لان كل احد منهما
يجوز ان يطعمها الاخر ابتدا كذلك يجوز ان يحلله منها بعد اكله وله ان يضمنه

قيمتها لان الذبح قد اجزا صاحبها عن القربة والاكل له اخذه ومن اتلف لحم الاضحية ضمن
ويتصدق بالقيمة ان كانت الايام قد مضت لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باعه
وقد قال رحمه الله اصحابنا اذا فاتت ايام الذبح تصدق بالاضحية كما هي ولم يذبحها
فان ذبحها تصدق بلحمها وبما نقصت بالذبح وقال الشافعي يذبحها ويتصدق
بلحمها كما يفعل في الايام لنا ما روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ان ايام النحر
ثلثة وهذا التخصيص ان لا يجوز في غيرها ولان نسك يختص بايام النحر فسقط
بمضيها كالرمي فان قيل كل وقت وجب اخراج الاضحية الا الى اهلها وجب ذبحها فيه
كايام الذبح قيل له لا نسلم ان في ايامها يجب اخراجها وانما يستحب ذلك في اللحم
وبعد الايام يجب اخراج العين والمعنى في الايام انما اضيف الى هذه العبادة
فجازت فيها وما بعد هذه الايام بخلافه وقد قال رحمه الله اصحابنا اذا دخل
العشر واراد الانسان ان يضحي او عين اضحية لم يلزمه ان يجتنب حلق الشعر وقص
الاظفار وقال الشافعي يجتنب ذلك حتى يضحي لنا ما روي الشعبي عن مسروق
قال قلت لعايشة رضي الله عنها ان رجالا ههنا يبعثون الهدي الى البيت ويامرون
ان يقلد ويبقى محرمين حتى يحل الناس فسمعت تصفيقها من وراء الحجاب فقالت
سبحان الله لو كنت افتل قلايد هدي رسول الله عليه السلام بيدي فيبعث بها الى الكعبة ويقيم
فما يترك شيا مما يجتنبه المحرم ولان تحريم الوطي في الاحرام اغلظ من تحريم غيره
فاذا لم يمنع منه فاولى ان لا يمنع من غيره فان قيل روت ام سلمه ان النبي عليه السلام
قال اذا دخل العشر واراد احدكم ان يضحي فلا يمس من شعره ولا من بشرته شيا
قيل له هذا الخبر لا يصح اسناده وقد تركه اكابر الصحابة العمل وروى الليث هذا

الخبر وقال الناس على خلافه والحقيقة والعقيقة عندنا مستحبة وقال الشافعي هي سنة
ان فاطمة قالت اي رسول الله صلى الله عليه وسلم اعق عن ولدي الحسن فقال لا ولكن تصدق
بوزن شعره فضة ولو كان ذبحها سنة لم يقم مقامه الصدقة فان قيل روي ان النبي
عليه السلام انه قال يعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة قيل له هذا يدل على الا
ستحباب ولو كان سنة لم يتركه عليه السلام عند وجود سببه فلما وجد لفاطمة
ومنعها تركه دل انه غير سنة وانه مستحب والله اعلم

كتاب الايمان

اليمين في اللغة مشتقة من القوة ومنه قول الشاعر اذا ما راية رفعت لمجد
تلقاها عرابة باليمين فما كانوا يعبرون بالايمان سموا ذلك يمينا وقد قيل انها
ماخوذة من اليمين التي هي الجارحة لانهم كانوا يتعاهدون ويضعون ايمانهم فاشتقت
من ذلك والايمان على ضربين ضرب هو قسم وهو كل ما يقتضي تعظيم المقسم
به وذلك لا يكون الا في اليمين بالله تعالى لان احدا لا يستحق التعظيم غيره
وهذا التعظيم يجري مجرى العبادة وهذا هو الذي يعرفه العرب وان
لم يخصونها بالله تعالى والضرب الثاني الشرط والجزا اذا قصد به
الامتناع من فعل الشي او الحث على فعله ولم تجر عبارة من اهل الشرع خلاف
ذلك وهذه اليمين لا يعرفها اهل اللغة وانما صارت يمينا بعرف اهل الشرع
والاصل في ذلك انهم يقولون حلف بعتق عبده وبطلاق امراته وانما قلنا اذا قصد
به الامتناع احترازا من قول القايل ان طلعت هذا الشمس فلك درهم وحلفت
ولم تجر عادة من اهل الشرع بخلافه احترازا ممن قال لامراته اذا

او حضت او طهرت فانت طالق لانهم لا يطلقون الا على هذا الوجه حتى يكون
طلاقا سنيا فلم يكن يمينا لهذا المعنى قال رحمه الله الايمان على ثلثة
اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين اللغو فيمين الغموس هو الحلف
على امر ماض يتعمد الكذب فيه وهذا الذي ذكره صحيح وقد يكون يمين الغموس
على الحال ايضا فالماضي مثل قوله والله ما فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله
او والله لقد فعلت كذا وهو يعلم انه لم يفعله والحال مثل قوله والله ما لهذا
الرجل علي دين وهو كاذب قال رحمه الله فهذه اليمين ياثم بها ولا كفارة فيها الا
الاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لنا ان النبي عليه السلام لاعن بين المتلاعنين ثم
قال احدكما كاذب فهل من تايب فامر بالتوبة دون الكفارة والتوبة معلوم
وجوبها بالعقل كما يعرف في الشرع في الجملة والكفارة لا وصول الى معرفتها
الا بقول الرسول فكان بيانها اولى وقال عليه السلام يمين الغموس تدع الديار بلاقع
ولم يبين الكفارة ولانها يمين يقارنها الحنث فوجب ان لا يتعلق بها الكفارة اصله
يمين اللغو ولا يلزم اذا حلف ليصعدن السما او ليقلبن الحجر ذهبا لان الحنث
لا يقارن هذه اليمين بدليل ان الحنث لا يكون بالياس من الفعل الا بعد مضي
وقت الفعل ولهذا لو حلف ليصعدن السما اليوم لم يحنث حتى يمضي اليوم
في مسالة الالزام لم يوجد شرط الحنث مع اليمين لكنه يعقبها فافترقا
ولان هذه اليمين لا تنعقد بدليل ان العقد ما يتوهم فيه البقا والانحلال وذلك معدوم
في يمين الغموس وما لا ينعقد لا يجب فيه الكفارة كاللغو فان قيل قال الله تعالى
لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم قال ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم

فقابل اللغو المنعقدة فاذا لم يكن هذه لغو كانت منعقدة قيل له ان الله تعالى نفى المؤا
خذة عن يمين اللغو واثبتها في اليمين المنعقدة وقد بينا ان هذه غير منعقدة لانها
لا توجب شيئا ولا يثبت حكمها فان قيل وجد الحلف بالله تعالى والحنث فوجب الكفارة كالا
ختيار من مكلف فوجبت الكفارة اصله اليمين على المستقبل واذا قال لا اقبل فلانا
وهو يعلم انه يبت قيل له لا نسلم وجود الحنث فيه لان ذلك لا يكون الا في اليمين على
المستقبل فاما الماضي فهو خبر بالكذب ويبطل بالمولى اذا قال لا اقربها خمسا مع وجود
ما ذكروا والمعنى في اليمين على المستقبل ان الحنث لا يقارن عقدها فلزمت الكفا
رة وفي مسئلتنا لما قارن الحنث عقدها لم تلزم الكفارة واما اذا كان الحلف بالعتق
فلانا فاليمين هاهنا يتعلق بها ايجاب معنى فجاز ان تجب الكفارة وفي مسئلتنا
لا يتعلق باليمين تحريم ولا ايجاب معنى فلم يتعلق به الكفارة قال ش واليمين
المنعقدة الحلف على الامر المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك
لزمته الكفارة وذلك لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام
عشرة مساكين ولما روي عن النبي عليه السلام انه قال من حلف على يمين فراى غيرها خيرا
منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد قال اصحابنا رحمهم الله هذه اليمين
على ثلثة اضرب ضرب يجب الوفا بها واليمين على فعل الواجبات وترك المعاصي
ويحرم الحنث فيها وهي اليمين على فعل الطاعات وترك الطاعات قال النبي عليه السلام من حلف
ان يطع الله فليطعه ومن حلف ان يعص الله فلا يعصه والضرب الثالث ما يخير
الانسان فيه من الترك والفعل وفيه ما يندب الى الحنث فيه وهو شيء ما يخير من
تركه ومنه ما لا يندب الى الحنث وهو المباحات قال ش ويمين اللغو

ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجوا
ان لا يؤاخذ الله تعالى بها وهذا الذي ذكره مثل قوله والله لقد دخلت الدار
او والله ما كلمت زيدا وعن محمد انه قال اللغو ما يجري بين الناس من قولهم لا و
الله وبلى والله ودليلنا ما روي عن عايشة رضي الله عنها قالت انزل اللغو اليمين
قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو قول الرجل لا والله وبلى والله وعن ابن عباس
هو الحلف على اليمين الكاذبة وهو يرى انه صادق وعن زرارة بن اوفى قال الرجل
يحلف على اليمين لا يرى الا انه كما حلف قال ش والقاصد في اليمين والمكره
والناسي ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا سوا وقال الشافعي لا يعقد يمين
المكره لنا قوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين
تدل على ان القصد غير معتبر ولما روي ان حذيفة بن اليمان واباه خرجا الى النبي عليه السلام
ليلحقا به ببدر فتقاتلا معه فاخذهما المشركون واستحلفوهما ان لا يعينا النبيه
رسول الله فلما وصلا اليه ذكرا ذلك له وقال عليه السلام فقال لهم بعهدهم ونستعين
بالله عليهم ولانه مكلف فانعقدت يمينه كغير المكره فان قيل الاكراه يمنع صحة
اللفظ فوجب ان يمنع صحة اليمين اصله النوم والجنون قيل له النوم والجنون
ينفي التكليف فمنع انعقاد اليمين والاكراه لا ينفي التكليف فلا يمنع انعقاد اليمين
واما اذا فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فانه يحنث وقال الشافعي لا يحنث لنا قوله تعالى
ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم والمراد به اذا حلفتم وحنثتم والناسي حانث فلزمه الكفارة
بظاهر الاية والدليل على انه حانث هو ان الحنث في اللغة وجود المخالفة في اليمين المعقودة
الا ترى ان اهل اللغة اذا وضعوا اسما مشتقا من فعل لم يفصلوا فيه بين النسيان والعمد

بدلالة اسم المضارب والقاتل وقد روي مثل قولنا عن مجاهد وطاوس وسعيد بن
المسيب وغيرهم ولانه اتى بالفعل المحلوف عليه بدلالة ان القصد لو انضم اليه
حنث به فصار كما لو فعله ذاكرا فان قيل قال الله تعالى لا جناح عليكم فيما اخطاتم به
ولكن ما تعمدت قلوبكم قيل له هذا يقتضي رفع الماثم ووجوب الكفارة لا يقف على الماثم
فان قيل ما لا يدخل في الامر والنهي لا يدخل في اليمين المطلقة اصله اذا فعله
حال النوم والجنون قيل له لا نسلم ان فعل الناسي لا يدخل في الامر والنهي والا لا
يأثم به فاما ان يرتفع احكامه فلاه قال ش واليمين بالله تعالى وذلك لما روي
عن النبي عليه السلام انه قال من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت ولان هذا الاسم لا يشاركه
فيه غيره واليمين به يقصد بها تعظيمه وهتك حرمة اسمه لا يجوز على التابيد
قال ش او باسم من اسمائه كالرحمن والرحيم وانما قلنا انه يكون حالفا بكل الاسما
التي يشاركه فيها غيره على الاطلاق وان لم يقصده لان اليمين بغير الله تعالى لا يجوز
والظاهر ان الحالف يقصد يمينا صحيحة فيحمل الاسم على ما يصح الحلف به الا ان
يقصد غير الله تعالى فلا يكون حالفا قال ش او بصفة من صفات ذاته
كعزة الله وجلاله وكبريائه وذلك لان صفات الذات ليست معنى غير الله فصار
ذكرها كذكره فاذا قال وعزة الله فكانه قال والله العزيز قال الا قوله وعلم
الله فانه لا يكون يمينا وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يكون يمينا وبه
قال الشافعي وجه الاستحسان ان العادة انهم يذكرون العلم ويريدون به المعلوم
فيقولون اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك والحالف بمعلوم الله يكون حالف
بغيره فان قيل قد يذكرون القدرة ويريدون بها المقدور ربما يستعظمونه

انظروا الى قدرة الله قيل له الامر كذلك ولكن بينهما فرق وهو ان الموجود قد خرج
بوجوده ان يكون مقدورا فلا يجوز ان يريده بالحلف وما لم يوجد فهو معدوم
وهم لا يحلفون بالمعدوم فعلمنا انه حلف بصفة من صفات الله تعالى وهي القد
رة وليس كذلك العلم لانهم يحلفون بالمعلوم الموجود لان وجوده لا يخرجه ان
يكون معلوما وجه القياس انه حلف بصفة من صفات الذات كالقدرة قيل
ان حلف بالعلم الذي هو الصفة فهو حالف كالقدرة وانما الخلاف اذا ارسل
الكلام ولم يكن هناك ما يدل على التخصيص بالصفة قال ش وان حلف بصفة
من صفات الفعل كغضب الله وسخطه لم يكن حالفا لان هذه الصفات غيره
والحلف بغير الله تعالى لا يصح والذي يعرف به صفات الذات من صفات الفعل
هو ان كل ما وصف الله سبحانه وتعالى به ولم يجز ان يوصف بغيره فهو من
صفات ذاته كالعلم والقدرة وما جاز ان يوصف به وبغيره فهو من صفات
الفعل كرحمته وغضبه قال ش ومن حلف بغير الله سبحانه وتعالى
لم يكن حالفا كالنبي عليه السلام والقران والكعبة وذلك ان الحلف بغير الله
معصية لا يجوز فعلها وذلك لما روي ابن عمر ان النبي عليه السلام سمع عمر
وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال النبي عليه السلام ان الله سبحانه وتعالى
ينهاكم ان تحلفوا بابائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله تعالى او ليصمت وروي
انه قال من حلف بغير الله تعالى فقد اشرك وروي انه عليه السلام قال لا تحلفوا
بابائكم ولا بالطواغيت ولا بحد من حدود الله سبحانه وتعالى ولا تحلفوا الا
بالله ومن حلف له بالله فليرض ومن لم يرض فليس منا ولان القصد بالحلف

تعظيم المخلوق به وذلك لا يستحقه الا الله تعالى واذا ثبت انه منهي عن الحلف به لم يلزمه كفارة لانه ليس قال ش والحلف حرف القسم وانما اعتبروا حروف القسم ليتعلق الكلام بعضه ببعض قال ش وحروف القسم الواو كقولنا والله والبا كقولنا بالله والتا كقولنا تالله وقد دل على انعقاد الحلف بحرف البا قوله تعالى تحلفون بالله ما قالوا واما التا فقوله تعالى تالله لقد ارسلنا الى امم من قبلك واما الواو فلقوله عليه السلام والله لاغزون قريشا وقد قيل ان الاصل هو البا لانها يكون في اسم الله تعالى وفي غيره ويكون في الكلم في المظهر والمضمر ثم الواو وهو اخص من البا لانها لا توجد الا في المظهر دون المضمر والتا اخص منها لا توجد الا في اسم الله تعالى قال ش وقد يضمر الحروف فتكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا وقد دل ذلك على ذلك ما روى ان ركانة طلق امرأته البتة فقال له رسول الله عليه السلام ما اردت الا واحدة فان العرب قد تحلف بعض الكلمة على وجه التخفيف واما اذا قال لله لا افعل كذا فيجب ان تكون يمينا لان اللام تقوم مقام البا قال الله تعالى آمنتم له قبل ان آذن لكم وكذلك اذا قال وايم الله وامر الله كان حالفا لان العرب تحلف بذلك وتجعله يمينا قال ش وقال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله تعالى لم يكن حالفا وهذا الذي ذكره قول محمد ايضا واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم وقال ابو يوسف في الرواية الاخرى هو يمين وبه قال الشافعي وجه قولهم ما روي ان النبي عليه السلام سئل عن حق الله تعالى عن عباده فقال ان تعبدوه ولا تشركوا به شيئا فصار كانه حلف بالعبادات وجه قول ابي يوسف ان الله تعالى يوصف بانه الحق واذا كان

قال ش وان حلف الكافر لم يحنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث وقال الشافعي ينعقد يمينه فان حنث حال كفره كفر بالعتق والكسوة والاطعام دون الصوم وان حنث بعد اسلامه كفر بالصوم لنا قوله تعالى وقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم ولما روي عن النبي عليه السلام اراد ان يتزوج امرأة زيد بن حارثة فقالت اني عاهدت زوجي ان مات قبلي الا اتزوج ابدا وعاهدني كذلك فقال عليه السلام ان كان ذلك في الجاهلية فان قضية عهدكما التكفير وان كان في حال الاسلام ففي بعهدك ولانه لا يصح منه التكفير بالصوم حال فلا ينعقد يمينه كالصبي والمجنون فان قيل روي ان عمر رضي الله عنه قال للنبي عليه السلام اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة فقال عليه السلام اوف بنذرك قيل له هذا على وجه الاستحباب وقد روي ان قيس بن عاصم قال للنبي عليه السلام اني نذرت نذرا في الجاهلية فقال عليه السلام ايت ما قلت قائما قيل له من حلف او في الدعاوي بالله تعالى وجب ان تصح يمينه في غيرها اصله المسلم قيل له اليمين في الحقوق يقع على الماضي وذلك غير منعقد والخلاف في انعقاد يمينه فلا يجوز ان يستدل على انعقاده باستحلافه يمينا لا ينعقد ولان الكافر لا يستعظم اليمين والغرض من اليمين ذلك حتى لا يقدم على الحلف كاذبا فقد حصل الغرض اذ الحاكم يضطر الى ذلك في الدعاوي اذ لا سبيل له الى قطع الخصومة الا بها ولا ضرورة ولا ضرورة بنا الى انعقاد يمينه وتكفيره قال ش ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما عليه ان استباحه كفارة يمين فان قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك وقد بينا جميع ذلك في كتاب الظهار قال ش ومن نذر نذرا مطلقا فعليه

الوفا به ومن نذر نذرا لم يسمه فعليه كفارة يمين قال ش ومن علق نذره بشرط فوجد الشرط فعليه الوفا بنفس النذر وروي ان ابا حنيفة رضي الله عنه رجع عن ذلك وقال اذا قال ان فعلت كذا فلله علي حجة او صوم سنة او صدقة ما املك اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله هو بالخيار بين الوفا به وبين كفارة يمين وجه قولهم المشهور قوله عليه السلام من نذر نذرا سماه فعليه الوفا به ولم يفصل ولانه لو اطلقه لزمه الوفا به فكذلك اذا علقه بشرط كالعتق ولان ما يقوله الشافعي يودي الى التخيير بين القليل والكثير تبين ذلك انه لو قال ان كلمت فلانا فلله علي اطعام مسكين فكلمه خير بين اطعام واحد او عشرة وهذا محال فان قيل روي عن ابن عمر رضي الله عنه وابي ذر وعبد الله بن عمر انه يجزي فيه كفارة يمين ولا نعرف لهم مخالف قيل له روي عن انس مثل قولنا ولانه نقل عن بعضهم الكفارة وعن بعضهم الوفا به ولم ينقل عن احد منهم التخيير فالقول به خلاف الاجماع فان قيل المقصود منه الامتناع دون الايجاب الا ترى انه لو اراد الايجاب لاطلق فصار في معنى اليمين قيل له ما تعلق بالشروط لا يعرف فيه الشروط ولو قال ان قدم فلان وعلق به النذر لم يكن في معنى اليمين كذلك ما ذكروه قال ش ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث وذلك لان هذه المواضع لا يسمى بيوتا في العادة والمعتبر في الايمان الاسم المعتاد فان قيل ان الله تعالى سماها بيوتا بقوله تعالى في بيوت اذن الله قيل له المعتبر في الايمان الاسم المعتاد دون ما ورد به القرآن قال ش ومن حلف لا يتكلم فقرأ في الصلاة

في الزكوة والكفارة وقد مضى قال ش على احد الثلثة الاشيا صام ثلثة ايام متتابعات وذلك لان الله تعالى جمع في كفارة اليمين بين التخيير والترتيب وهو قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام فخير بين الاشيا الثلثة ثم اوجب الصوم عند العجز عن واحد منها وقد قال ش اصحابنا صوم اليمين متتابع وقال الشافعي هو فيه بالخيار لنا قوله تعالى فصيام ثلثة ايام والاطلاق يقتضي الفور وهو التتابع وقد روي في قراة ابن مسعود وابي بن كعب فصيام ثلثة ايام متتابعات ونسخ التلاوة لا توجب نسخ الحكم ولانه صوم هو بدل في كفارة فكان متتابعا كصوم الظهار فان قيل صوم نزل به القرآن مطلقا لم يجب فيه التتابع اصله قضا رمضان قيل له لا نسلم ان القرآن نزل به مطلقا والمعنى في قضا رمضان انه لم يثبت بدلا في كفارة قال ش وان قدم الكفارة على الحنث لم تجزه وقال الشافعي يجوز تقديم الكفارة الا في الصوم واذا كانت اليمين على معصية ففي تقديم الكفارة الا في الصوم واذا كانت اليمين على معصية في تقديم الكفارة وجهان لنا ان الكفارة موضوعها التغطيه ولم يوجد باليمين معنى يحتاج الى تغطيته فاليمين لم يكن التعجيل كفارة ولا ثبوت عن الكفارة ولا يلزم الخاطي لانا قلنا موضوعها التغطيه ويجوز ان يقع ذلك ما ليس منه وذلك لانه احد نوعي التكفير فلا يجوز تقديمه على الحنث كالصوم ولان اليمين ليست سببا في الكفارة وان كانت شرطا لان السبب مما يتوصل به الى الشي

واليمين تعقد للبر لا للحنث ولا يجوز ان يكون سببا ولانها لو كانت سببا جاز اجتماعها مع المسبب كالنصاب مع الحول فلما لم تجتمع اليمين و الحنث دل انها ليست بسبب فيما يجب للحنث ولان الكفارة بعد اليمين يتوقف علي فعل يحدثه الحالف فيما تقدم لا يكون سببا فيها كالاحرام لما وقف وجوب الكفارة بعده علي فعل يحدثه المحرم لم يكن الاحرام سببا في الكفارة وكذلك الصوم فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال من حلف علي يمين فراي غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليات الذي هو خير قيل له اصل الخبر فليات الذي هو خير وليكفر ولو ثبت ما قالوه كان المراد به التقديم لان معلوما ان الكفارة لا تجب الا بالحنث وهذا كقوله في المحرم اذا لم يجد النعلين فليلبس الخفين وليقطعهما اسفل الكعبين والقطع مقدم في المعني وان اخره فان قيل كفارة باليمين فجاز تقديمها علي حال وجوبها ككفارة القتل قيل له هذا يبطل بكفارة الفطر فانها يتعلق ولا تقدم علي وجوبها والمعني في كفارة القتل انها يتعلق بالخروج بشرط الموت لان الخروج فعله والموت ليس من فعله فاذا وجد الخروج فقد وجد ما يتعلق الوجوب به وفي مسالتنا الكفارة لا تجب باليمين بدليل انه اذا بر فيها لم تجب وانما تجب بالحنث ولم يوجد قال ش ومن حلف علي معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا فينبغي ان يحنث ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف ان يعصي الله فلا يعصيه وقال من حلف علي يمين فراي غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه

كقوله ان فعلت كذا فانا شارب خمر او اكل الميتة وجه الاستحسان ان ما روي خارجة بن زيد عن ابيه عن جده ان النبي عليه السلام سيل عن رجل قال هو يهودي او نصراني او بري من الاسلام حلف ثم حنث قال كفارة يمين وعن ابن عباس وابن عمر فيمن حلف باليهودية انها يمين تكفر ولان الكفر محرم استباحته علي التابيد لحق الله تعالي فصار كحرمة اسمه فجاز وجوب الكفارة بهتك تلك الحرمة وليس كذلك شرب الخمر واكل الميتة لانه ليس بمحرم علي التابيد الا تري انه كان يجوز ان يباح بالشرع وقد ابيح ذلك ايضا حال الضرورة قال ش وان قال فعلي غضب الله وسخطه او انا زان او شارب خمر او اكل ربوا فليس بحالف وذلك لان السخط والغضب هو العذاب فكان قال عليه عذاب الله فلا يكون حالفا قال ش وكفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وذلك لان الله تعالي اوجب تحرير رقبة فيه مطلقة في الموضعين فما جاز في احدهما جاز في الاخر وقد بينا ذلك في الظهار قال ش وان شا كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وذلك لقوله تعالي او كسوتهم فما وجب الكسوة فما تناوله الاسم وجب ان يجزي والقميص والملحفة والجبة والقبا يقال للابسها انه مكتسي فيجزي فاما القلنسوة والخف لابسها مكتسي فلا يجزي قال ش ادناه ما يجزي فيه الصلوة وهذا الاعتبار الذي ذكره قول محمد وعلي قول اصحابنا الاعتبار بما يسمي به مكتسيا واختلفوا في السراويل فالصحيح عنهم انه لا يجزي لان لابسه يقال انه عريان فلم يتناوله اسم الكسوة وعن محمد انه يجوز وهو قول الشافعي لان الصلوة يجوز فيه كالقميص

واما العمامة فان كانت تكفي لقميص جازت في الكسوة وان كانت صغيرة لم تجز قال ش وان شا اطعم عشرة بالاطعام في كفارة الظهار اطعام عشرة مساكين فقد دل عليه قوله تعالي فاطعام عشرة مساكين ويجزي فيه التمليك والتمكين وقد بينا في كفارة الظهار وقد قالوا اذا اطعم خمسة وكسا خمسة فالمشهور عنهم انه يجزي احدهما عن الاخر بالقيمة وعن ابي يوسف ان نوي ذلك عند الاخراج جاز فان لم ينوي لم تجز وقال الشافعي لا يجوز حتي يكمل احد الصنفين وجه قولهم ان احد الجنسين لا يجزي مع الاخر الا بالقيمة فوجب ان نحمل اخراجه علي الوجه الجايز لانه لا يودي الي اسقاطه ولان القيمة عندنا بمنزلة المنصوص عليه فلا يحتاج الي اكثر من نية الكفارة وقد وجد ذلك ولا يشبه هذا اذا اخرج من الطعام الجيد عن الوسط اقل منه لان الجودة لا قيمة لها عند ملاقات جنسها فكانه اخرج الواجب ولا يشبه ايضا اذا اخرج من الفطرة حنطة وشعيرا لان من اصحابنا من جوز ذلك بالقيمة ومنهم من منع ذلك لان الجميع منصوص عليه بفرض واحد فصار بمنزلة النوع الواحد ولا يجزي بعضه عن بعض بالقيمة وفي مسالتنا الاطعام والكسوة الفرض من كل واحد منهما غير الغرض من الاخر الا تري ان احدهما يراد لسد الخلة والاخر لستر العورة فجاز احدهما عن الاخر بالقيمة وجه قول ابي يوسف ان كل واحد منهما يجزي عن نفسه ويجزي عن القيمة فصار كالديون المختلفة و الكفارات المختلفة واما خلاف الشافعي فهو مبني علي جواز اخراج القيمة

ذلك من صفات ذاته صار كانه قال والله الحق فيه الحق اسم من اسمايه تعالي فلو اراد الحالف ذلك لقال والحق فلما قال وحق الله تعود ذكر حقا مضافا اليه فلا يكون حلفا واذا قال وعمر الله كان حالفا وقال الشافعي لا يكون حالفا لنا ان الفاظ القسم بدليل قوله تعالي لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون ولان العمر هو البقا فكانه قال وبقا الله وذلك صفة من صفات ذاته فيكون يمينا فان قيل ان الله تعالي قد يقسم بما ليس بقسم منا كقسمه بخلقه قيل له اذا ثبت ان من الفاظ القسم ثبت انه يمين لانه اقسم بصفة من صفات ذاته ولا احتمال في اللفظ حتي يعتبر فيه النية بما يعتبر الشافعي فيه النية قال ش واذا قال اقسم او اقسم بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف وقال زفر لا يكون حالفا الا بذكر الله تعالي وبه قال الشافعي وجه قول اصحابنا قوله تعالي يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال تعالي اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يستثنون ولم يقل بالله والاستثنا انما يدخل في اليمين وقال تعالي اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لم قال اتخذوا ايمانهم جنة ولان العرب تحذف بعض الكلام علي وجه التخفيف فيكون ذلك كالمعلوم لان الحلف لا يكون الا بالله تعالي والذي يوكد ذلك ان عبد الله بن صفوان جا الي النبي عليه السلام بابيه ليبايعه علي الهجرة فقال عليه السلام لا هجرة بعد الفتح قال عباس اقسمت يا رسول الله ليبايعنه فمد رسول الله عليه السلام يده وبايعه وقال ابررت قسم عمي ولا هجرة بعد الفتح وجه قول زفر انه يحتمل انه اراد الحلف بالله ويحتمل غيره فلا يجوز اثبات اليمين بالشك فان قيل لفظ عري عن اسم الله تعالي وصفته فوجب

ان لا يكون يمينًا فتعلق به الكفارة اصلًا اذا قال والله لا افعل كذي قيل له لانه

نسلم ان اللفظ عري عن اسم الله تعالى اذا كان محذوفًا وان اراد انه لم يتلفظ به فنحن

نقول لان ما دل عليه الكلام من المحذوف فحكمه حكم المذكور لا يختلفان في المعنى وا

ما اولى فهو يمين عندنا والعرب تذكر ذلك حلفًا وقد قال اصحابنا رحمهم الله عليهم

ايضًا ان قصد هذه الالفاظ غير اليمين لم يكن حالفًا قال ش وكذلك قوله

وعهد الله وميثاقه وذلك لقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا

تنقضوا الايمان بعد توكيدها فجعل العهد يمينًا والميثاق في معناه وقد

روي عن النبي عليه السلام انه كان اذا بعث جيشًا قال في وصيته وان ارادوكم ان

يعطوهم ذمة الله تعالى وذمة رسوله فلا تفعلوا وهذا يدل على ان الذمة

يمين قال ش وعلي نذر او علي نذر الله تعالى يعني انه يكون يمينًا وذلك

لقوله عليه السلام من نذر نذرًا سماه فعليه الوفا به ومن نذر نذرًا لم يسمه

فعليه كفارة يمين وقال النبي عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة يمين قال ش

وان فعلت كذا فانا يهودي او نصراني او كافر يعني انه يمين وعلى هذا

اذا قال انا بري من الاسلام ان فعلت كذا فهو يمين وقال الحسن عن ابي

حنيفة اذا قال انا بري من كل اية في المصحف ان فعلت كذي ففعله فعليه

كفارة يمين قال ابو الحسن كلما يكون اعتقاده كفرًا واستحلاله ما يمين

ان حله السمع الشريعة ففيه الكفارة اذا حنث به وكذلك اذا قال انا

اعبد الله من دون الله او اعبد الصنم وهذا كله استحسان والقياس ان

لا يكون حالفًا وبه قال الشافعي وجه القياس انه حلف بمعصية فصار

لم يحنث وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يحنث وجه القياس

ان التكبير والقراءة كلام فصار كغيره وجه الاستحسان ان ذلك غير مراد

ولا مقصود باليمين في العادة الا ترى انهم يقولون فلان لم يتكلم في صلوته

وان كان قد قرا فيها فاما اذا قرا القران في غير الصلوة فانه يحنث وقال

الشافعي لا يحنث والتزم بعض اصحابنا اذا سبح او كبر انه لا يحنث لنا

ان الكلام عبارة عن حروف منظومة واصوات مقطعة فيجب ان يحنث

اذا اتى بذلك الا انا استثنيه من يمينه بلفظ او عادة فان قيل ما ليس بكلام

حتى في الحال في الصلوة كذلك في غير الصلوة اصله الاشارة قيل له هو كلام

في الصلوة الا انه مستثنى من يمينه بالعادة الا ترى ان الانسان لا يحلف

على ترك الكلام ليدع الصلوة فصار ما اتى به في صلوته من الاذكار خارج

عن يمينه بالعرف فهو كالخارج بالاستثنا قال ش ومن حلف

لا يلبس ثوبًا هو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذلك اذا حلف لا يركب

هذه الدابة وهو راكبها فنزل لم يحنث وان لبث ساعة حنث وهذا

الذي ذكره قول اصحابنا وقال زفر يحنث بكل حال وجه قولهم ان اليمين

تعقد على ما يمكن الاحتراز منه دون ما لا يمكن الاحتراز منه الا ترى

ان الانسان يحلف ليتوفر لا ليحنث ومعلوم ان ما بين الحلف والنزول

لا يمكن الاحتراز منه فلم يتناوله اليمين سواه وجه قول زفر انه قد وجد

عقيب اليمين جزء من الركوب واللبس فصار كما لو لبث بعد اليمين

قال ش وان حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود

حتى يخرج ثم يدخل وقال الشافعي في بعض كتبه يحنث والتزم بعض اصحابه اذا

قال لا اخرج وهو خارج انه يحنث لنا ان الدخول هو الانفصال من خارج الدار

الى داخلها والخروج انفصال منها الى خارجها والبقاء على كل حال واحد منهما

لا يتناوله الاسم فلا يقع به الحنث ولان الدخول لا يوصف بالامتداد في الوقت

لانه لا يقال دخلت الدار يومًا ولو كان البقاء يسمى باسم الابتداء الوصف بالامتداد

في الوقت كالركوب واللبس فان قيل ابتداء الدخول والاستدامة في التحريم

سوا فوجب ان يكونا في الحنث سوا كالركوب قيل له الدار اذا حرم دخولها

لم تحرم البقا لتحريم الدخول لكن لدليل اقتضى تحريم الكون فيها فاستوى

في ذلك الاحوال كلها قال ش ولو حلف لا يدخل دارًا فدخل دارًا خرابًا

لم يحنث ومن حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت

صحرا حنث وقال الشافعي لا يحنث في الوجهين لنا ان اليمين اذا انعقدت

على عين مسماة تبقا الاسم بدليل من حلف لا يدخل هذه الدار فانهدم

بعض بناوها وتغيرت عمارتها حنث وكذلك لو حلف لا ياكل هذا الطعام

الطعام فتغير ثم اكله حنث ولو حلف لا يلبس هذا الردا فاتزر به

حنث والدار يسمى دارًا بعد زوال البنا لانها اسم لما احاطت به الدايرة والعرب

العرب يسمي الارض دارًا عند نزولها ويسميها دارًا بعد رفع البيوت منها

وهذا استعمال ظاهر بينهم فهو في حكم الحقيقة واذا سميت دارًا بقيت

اليمين ببقا الاسم ولا يلزم اذا حلف لا يدخل دارًا فدخل دارًا منهدمة

لانه لا يحنث لان اليمين المطلقة تحمل على العادة والدور المعتادة

دخولها هي المبنية ولا يلزم من حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار

شيخًا لانا قلنا ان اليمين تبقا ببقا الاسم ولم يتعرض لها اذا زال الاسم

وها هنا قد بقيت مع زوال الاسم فلا يلزم فان قيل ما لا يدخل في اليمين

مع الاطلاق وجب ان تخرج منه مع التغير اصله اذا قال والله لا اكل

حنطة فاكلها دقيقًا قيل له اذا اطلق حملت اليمين على المعتاد المطلقة

فاذا اغير حمل على ما يتناوله الاسم مطلقًا وغير مطلق الا ترى انه لو قال

والله لا اقعد في سراج وقعد في الشمس لم يحنث ولو قال لا اقعد

في هذا السراج حنث بالقعود فيها قال ش ولو حلف لا يدخل هذا البيت

فدخله بعدما انهدمت لم يحنث وذلك لان البيت اسم للبنا ولهذا يسمى العرب

الاخبية بيوتًا واذا زال البنا زال الاسم فزالت اليمين قال ش ومن حلف

لا يكلم زوجة فلان فطلقها فلان ثم كلمها حنث وان حلف لا يكلم عبد فلان

او لا يدخل دار فلان فباع فلان عبده وداره فكلم العبد ودخل الدار لم يحنث

وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحنث وجه قولهما

ان الدار والعبد لا يقصد بالمعتاد وانما يمتنع من دخول الدار وكلام العبد

لمعنى يعود الى مالكها فصار المالك هو المقصود فكانه قال ما دام ملكًا لفلان

والبس كذلك زوجت فلان لان الزوجة تقصد في نفسها بالعادة والموالاة

فالمقصود عينها والاضافة للتعريف فلذلك حنث وجه قول محمد ان

التعيين اذا حصل سقط حكم الاضافة كما قال لا اكلم صاحب هذا الطيلسان

فباعه ثم كلمه حنث وكذلك ان حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار

شيخًا حنث

او لا اكلم هذا الحمل فصار كبشا فاكله حنث وذلك لان امتناعه من الكلام انما هو استخفافا به ولا يجوز ان يكون ذلك لاجل طيلسانه ولا لاجل الشباب به فدل على ان المقصود عينه اليمين وذكر الطيلسان والشباب على وجه التعريف وكذلك الحمل المقصود الامتناع عن لحمه وذلك موجود وان صار كبشا ولا يقال ان اليمين عندكم تبقى ببقا الاسم وقد زال الاسم لان اسم الحمل لم يزل وانما تغيرت صفته وذلك لا يوثر مع بقا الاسم قال ش وان حلف لا ياكل من هذه النخله فهو على ما تثمرها وذلك لان النخله لما لم يتاتى اكلها حملت اليمين على ما يتولد منها ولا يشبه هذا اذا قال لا اكل من هذا العنب فاكل من زبيبه او عصيره انه لا يحنث لان العنب يتاتى اكله فحملت اليمين على الحقيقه ولم تحمل اليمين على ما يتولد منه واذا ثبت هذا قلنا اذا اكل من ثمر النخلة او طلعها او جمارها او بسرها او دبسها الذي يخرج من ثمرها يحنث وان اكل من ناطف عمل من ثمرها لم يحنث لان حرف من الابتدا فكل ما خرج من النخله على وجه الابتدا دخل في يمينه وكل ما خرج عن حد الابتدا بحدوث صنعة فيه لم يتناوله اليمين قال ش وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وذلك لما بينا ان اليمين اذا تعلقت بعين بقيت ببقا الاسم وزالت بزواله وقد زال الاسم الذي تعلقت به اليمين فلم يحنث قال ش وان حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لان الرطب لا يسمى بسرا فلم ياكل ما يتناوله اليمين قال ش ومن حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا مذنبا حنث عند ابي حنيفه وهذا الذي

ذكره قول محمد ايضا وقال ابو يوسف لا يحنث وجه قولهما ان البسر المذنب فيه جزو من الرطب ومن حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا حنث باكل جزو منه ولان بسر ورطب فصار كمن جمع بينهما وجه قول ابي يوسف ان اسم الرطب لا يتناوله وانما يقال بسر فلم يحنث بتناوله وهذا يبطل بمن حلف لا ياكل سمنا فاكل سويقا فيه سمن ظاهر انه يحنث ولم يتناوله الاسم قال ش ومن حلف لا ياكل لحما فاكل سمكا لم يحنث فان اطلاق الاسم اللحم لا يتناوله تبين ذلك ان القايل يقول ما اكلت لحما منذ كذا وان كان قد اكل سمكا ومن حكم الاسم ان يحمل على الاطلاقه في الايمان فان قيل قال الله تعالى لحما طريا قيل له الايمان لا تحمل على لفظ القران بدليل ان من حلف لا يركب دابة فركب كافرا لم يحنث وان كان الله تعالى قد سماه دابة ولو حلف لا يخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وان سماه الله تعالى بيتا قال ش ولو حلف لا يشرب من دجله فشرب منها بانا لم يحنث حتى يكرع منه كرعا في قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد يحنث فيهما وهو قول الشافعي وهذه المسالة مبنية على اصل وهو ان اليمين اذا تناولت حقيقة ومجازا غير المتعارف من ذلك فان كانا متعارفين حمل على الحقيقة عند ابي حنيفه وقالا يحمل عليهما وجه قول ابي حنيفه ان الحقيقة هي اللفظ المستعمل فيما وضع له والمجاز ما عدل عن اصله ويستحيل ان يكون اللفظ الواحد مستعملا في مكانه وفيما عدل به اليه لانه متضاد له في حالة واحدة وجه قولهما ان الاسم يصلح لهما والارادة لا تتنافى بينهما فصار كسائر اسماء العموم واذا ثبت هذا قال ش ابو حنيفه رضي الله عنه

في مسالتنا ان الكرع من الدجله هو الحقيقه وذلك متعارف يفعله كثير من الناس والمجاز ايضا متعارف وهو ان ياخذ بالانا فحملت اليمين على الحقيقه دون المجاز وهما حملا على الامرين فان قيل المشروب مقدر في اللفظ فكانه قال والله لا اشرب من ما دجله فحذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه قيل له ان اراد الحالف الحذف حملت يمينه عليه والخلاف فيمن اطلق اللفظ ومن اصحابنا من قال لا خلاف فيها في الحقيقه ان ابا حنيفة شاهد العرب بالكوفه يفعلون هذا ظاهرا معتادا فحمل اليمين عليه وهما شاهدا الناس من بعد ذلك لا يفعلون كذلك الا نادرا فلم تختص به اليمين قال ش وان حلف لا يشرب من ما دجله فشرب منها بانا حنث وذلك لان اليمين عقدها على الما دون النهر وذلك موجود وان اخذ بانا وفي المسالة الاولى عقد يمينه على النهر فهو كقوله لا اشرب من هذا الكوز فطرح في كوز اخر فشرب به انه لا يحنث وقد قال ش ولو حلف لا يشرب من الدجله فشرب من نهر ياخذ من الدجله لم يحنث لان الاضافة قد زالت وحصلت للنهر الثاني ولو كان قال من ما الدجله حنث بشربه من نهر ياخذ من الدجله لان ذلك لا يخرجه ان يكون ما الدجله قال ش ومن حلف لا ياكل هذه الحنطه فاكل من خبزها لم يحنث وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفه رحمه الله وذلك لان يمينه حقيقة متعارفه وهو ان ياكل الحنطة كما هي مطبوخة ومقلوه ولها مجاز متعارف وهو ان اكل من خبزها فحمل اليمين على الحقيقة دون المجاز وعلى قول ابي يوسف ومحمد تحمل

اليمين عليهما قال ش ولو حلف لا اكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث واذا استفه كما هو لا يحنث وقال الشافعي ان اكل من خبزه لا يحنث وان استفه حنث لنا ان حقيقه الكلام اكل الدقيق كما هو وذلك غير متعارف ومجازه الاكل مما يتخذ منه وذلك متعارف والواجب حمل اليمين على المجاز المتعارف دون الحقيقة التي لا تتعارف كمن قال لا اكل من هذه النخله حملت اليمين على ما يتولد منها ولا تحمل على الحقيقة وهو اكل خشبها ولبسها كذلك اذا نوى اكل الدقيق لانه نوى حقيقه كلامه فيصدق فان قيل اكل الحالف على ترك اكله مع بقا الاسم الذي علق يمينه به باختياره ذاكرا ليمينه فوجب ان يحنث اصله اذا حلف لا ياكل هذه الحنطه فاكلها على جهتها قيل له يبطل بمن حلف لا ياكل من هذه النخله قال ش وان حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نايم حنث وذلك لانه تكلم له وقد وصل الكلام الى سمعه وهناك مانع من الفهم فصار كما لو كلمه وهو غافل قال ش فان حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث هذا هو المشهور من قولهم وعن ابي يوسف انه لا يحنث وبه قال الشافعي وجه قولهما ان الاذن اباحة فلا يثبت من غير علم كاباحة صاحب الشريعة ولانه ماخوذ من الاعلام ومنه قوله تعالى واذان من الله ورسوله فاذا اذن ولم يسمع لم يكن اعلاما ولا يلزم اذا اذن له وهو نايم لان الكلام قد وصل الى سمعه وهناك مانع من التمييز فصار كالمستيقظ اذا اذن له فلم يفهم فان قيل كلمه بعد وجود الاذن من جهته فوجب ان لا يحنث اصله اذا علم قيل له لا نسلم ان يكون اذنا الا بعد العلم ولانه اذا علم فلم يصر مسافها له

اذا لم يعلم فقد صار مخالفا له وهو وجود الكلام المحلوف عليه فيحنث قال ش
واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمه بكل داعر دخل البلد فهو على حال ولايته خاصة
وذلك لان غرض العامل ان يرجع اليه الخبر ما دام واليا فاذا زالت الولاية
تقع اليمين قالوا فان عاد العامل الى عمالته لم يعد لانها كانت مخصوصة
بحال الولاية وقد زالت اليمين بزوالها وعلى هذا لو حلف على زوجته ان لا
تخرج الا باذنه او على عبده ثم باعه وطلق الزوجة انحلت اليمين لان غرضه ان
لا تخرج من له عليه ولاية الا باذنه قال ش ومن حلف لا يركب دابة فلان
فركب دابة عبده لم يحنث وقال الشافعي يحنث لنا انها مضافة الى غير
المحلوف عليه اضافة مطلقة فصار كدابة مكاتبه فان قيل ركب دابة
يملكها المضاف اليه فوجب ان يحنث اصله اذا ركب دابته ليست للعبد
قال ش واذا حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها او دخل
دهليزها حنث وقال الشافعي اذا وقف على سطحها لا يحنث وكذلك
الخلاف في اذا وقف على حائطها لنا ان الدار عبارة عما احاط به الدائرة وذلك
موجود في علو الدار وسفلها ولانه يحتاج في حصوله في سطحها الى
اذن كما يحتاج في قاعها ولانه لو حلف لا يخرج من هذه الدار فصعد سطحها
لم يحنث ولو لم يكن داخلا بالمصير اليه لصار خارجا بالحصول فيه فان
قيل لو وقف على موضع لا يحيط به بناء الدار فوجب ان لا يحنث كما لو وقف على راس
شجرة تعلو على السطح قيل له يبطل اذا انهدم منها حائط فدخل منه الى
ما يليه ولا نسلم الشجرة لان راسها في هذه الدار وذلك منها واما اذا حلف

لا يدخل هذا البيت فدخل صحن فيه عليه فانه لا يحنث لان البيت عبارة عن موضع
المبيت وكل واحد من البيت وعلوه بيت ومن حلف على بيت لا يحنث بدخول
بيت غيره قال ش وان وقف على طاق الباب يحنث اذا اغلق الباب كان
خارجا لم يحنث وذلك لانه خارج من الدار الا ترى ان الباب يغلق على ما في الدار
فاذا اغلق وهو خارج فليس في الدار قال ش ومن حلف لا ياكل الشواء
فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر وذلك لان الشوي عبارة عما يجعل في
النار ليستوي للاكل وذلك موجود في كل نوع الا ان العرف تخصص باللحم الا ترى
ان الشوي اسم لبائع اللحم المشوي ويقال لمن ياكل الشوي وان اكل الباذنجان
المشوي واذا كان اطلاق الاسم يتناول اللحم حمل عليه دون غيره من السمك
والباذنجان وغيره فان نوى شيئا من ذلك حنث به لان الاسم يتناوله
فاذا نواه عملت نيته قال ش ومن حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما
يطبخ من اللحم وذلك لان الطبيخ في العرف يسمى ما كان باللحم دون غيره الا ترى
انه لا يقال لمن اكل الباقلي انه اكل طبيخا فان نوى ما يطبخ باللحم وغيره حنث
لانه طبيخ في الحقيقة وانما حملناه على اللحم عند عدم النية لان الخلاف والاسم
يتناول اللحم خاصة واللحوم كلها سواء لان اطلاق الاسم يتناول الجميع هذا
كله استحسان وقالوا لو طبخ شيئا من ذلك فاكل من لحمه او من مرقه
حنث لانه يقال اكل الطبيخ وان لم ياكل من اللحم قال ش ومن حلف لا ياكل
الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر هذا هو الصحيح
من غير خلاف في الحقيقة والمذكور في الكتب عند ابي حنيفة رضي الله عنه

يحمل على رؤوس الابل والبقر والغنم هو قوله الاول ثم رجع عنه والاصل في ذلك ان
اسم الرؤوس عام يتناول راس كل حيوان الا انه معلوم بالعادة ان الحالف لا
يقصد بيمينه رؤوس الجراد والعصافير وانه يقصد غير ذلك فوجب ان
يرجع فيه الى ما يطلق فيه الاسم وذكر ما يكبس في التنانير الا ان ابا حنيفة
رضي الله عنه شاهد الناس في اول الامر يكبسون رؤوس الابل فحمل اليمين على
ذلك ثم شاهدهم وقد تركوا رؤوس الابل فحمل اليمين على رؤوس البقر والغنم
وابو يوسف ومحمد شاهدا ببغداد الناس لا يكبسون الا رؤوس الغنم ولا
يطلقون الاسم الا عليها فحمل اليمين على ذلك قال ش ومن حلف لا ياكل
خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك لان اليمين يجب ان تحمل
على ما يطلق عليه الاسم فيعتبر ذلك بعادة اهل كل ناحية فيما يعتادونه
فمن اعتاد الحنطة فيمينه عليه وكذلك من اعتاد الشعير او الذرة لتناول
الاسم له حال الاطلاق قال ش فان اكل خبز القطائف او خبز الارز
بالعراق لم يحنث لان الاسم في هذه البلاد لم يتناوله على الاطلاق فلم تحمل اليمين
عليه ولو اكل خبز الارز في البلاد التي يعتاد ويشتري اهلها اكله حنث لانها
يتناوله الاطلاق الاسم قال ش ومن حلف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤاجر فوكل من يفعل
ذلك لم يحنث وذلك لان هذه العقود حقوقها يتعلق بالفاعل دون الآمر
ولهذا لا يضاف الى الآمر وانما يضاف الى الفاعل فصار كان الحالف قال ش
لا التزم حقوق هذه العقود ولم يلتزمها الآمر فلم يحنث ولهذا الوكيل
الحالف هو الوكيل حنث قالوا الا ان يكون الآمر سلطانا لا يتولى العقد

بنفسه فيحمل يمينه على الامر بالعقد فيحنث قال ش ومن حلف لا يتزوج
او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان هذه الاشياء لا يتعلق حقوقها
بالفاعل بل يضاف الى الآمر دون الفاعل فاستوى في اضافتها اليه حال
الفعل والامر وجب فيهما وقد قال الشافعي انه لا يحنث لانه حلف على ترك
فعله فاذا امر به لم يحنث كالبيع والاجارة قيل له تلك العقود لا يضاف
الى الموكل وانما يضيفها الوكيل الى نفسه وهذا العقد يضيفه الى موكله فكان
عقده بنفسه قال ش ومن حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط
او على حصير لم يحنث وذلك لما بينا ان المعتبر في الايمان اطلاق الاسم في العادة
ولا يقال جلس على الارض الا اذا باشر الارض بالجلوس ولم يحل بينهما حصير
ولا غيره فاذا جلس على بساط او حصير لم يتناوله الاسم فلم يحنث فان جلس
على الارض من غير بساط حنث وان حال بينه وبينها ثياب لانه يقال جلس
على الارض وان كان عليه ثياب فلم يتناوله الا اطلاق الاسم حنث به قال ش
ومن حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط حنث وذلك لانه
يقال انه جلس على السرير وان كان فوقه بساط فاذا تناوله الاسم حنث
قال ش وان جعل فوقه سريرا آخر فجلس عليه لم يحنث وذلك لانه اذا
جعل فوقه مثله انتسب الجلوس الى الثاني وزال عن الاول فتعلقت اليمين بالثاني
قال ش ولو حلف لا ينام على فراش بعينه فنام عليه وفوقه فراش حنث لانه
يقال نام عليه مع وجود الفراش فتعلقت اليمين به وان جعل فوقه فراشا
آخر لم يحنث وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف

انه يحنث وجه قولهما ان الفراش الاعلى يقصد بالنوم وينفرد بنفسه
فصار هو المقصود بالنوم دون الاول فلم يحنث كمن حلف لا يجلس على
السرير فجعل فوقه سريرًا اخر فجلس عليه وجه قول ابي يوسف ان كل
واحد من الفراشين مقصود بالنوم الا ترى انهم يجعلون احدهما فوق الاخر
لزيادة الوطا فصار الاول مقصودًا كالثاني فيحنث قال ش ومن حلف
بيمين وقال ان شاء الله متصلًا بيمينه فلا حنث عليه وذلك لان هذه
الكلمة يدخل في الكلام ليرتفع حكمه يدل على ذلك ان هذا في موسى عليه السلام
قال ستجدني ان شاء الله صابرًا ثم لم يصبر ولم يكن حانثًا وعن النبي عليه السلام انه قال
من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد بري في يمينه وقد ذكرنا هذه المسله
فيما تقدم وبينا خلاف ابن عباس اذا لم يصل ذكره بكلامه قال ش وان حلف
ليأتينه ان استطاع وهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وذلك لان
المفهوم من اطلاق هذا اللفظ الصحة بدليل قوله تعالى وسيحلفون بالله
لو استطعنا لخرجنا معكم الى قوله وانهم لكاذبون فكذبهم في قولهم انهم غير
مستطيعين مع وجود زوال العذر واذا كان كذلك حمل الكلام عليه
فان نوى استطاعة القضا قال ش الطحاوي يصدق في القضا قال ش الشيخ
ابو بكر هذا لا يعرف من نصهم ويجب ان لا يصدق في القضا لانه يريد صرف اللفظ
عن ظاهره بالنية فلا يصدق ولكن يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه مما
تحتمله كلامه قال ش وان حلف لا يكلمه حينًا او زمانًا او الحين او الزمان
فهو على ستة اشهر قال الشافعي في الحين اذا حلف على النفي يمينه على ساعة

واحدة وان حلف على الاثبات فيفعل ذلك في اخر عمره جاز لنا ان الحين يعبر
به عن الوقت اليسير قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون ويعبر به عن
اربعين سنة قال تعالى حين من الدهر قيل المراد به اربعين سنة فيعبر به
عن ستة اشهر قال الله تعالى توتي اكلها كل حين باذن ربها قال ابن عباس
النخلة بين جدارها وطلعها ستة اشهر وقد روي سنة بين ان يطلع
الى ان يطلع ولا يجوز ان يريد الحالف بيمينه ساعة لان من امتنع من ذلك
لا يمنع بيمين ولا يجوز ان يحمل على اربعين سنة لانه لو اراد ذلك لقال
ابدًا لانه اكثر العمر فيجب ان يحمل على الوسط وهو ما روي عن ابن عباس
وسعيد بن المسيب انهما قالا ستة اشهر فان قيل وقت متيقن فيه وقت
دل القليل والكثير قيل له اذا كان الاسم مشتركًا رجع الى نية الحالف فان عدمت
لم يجز حمله على القليل لان الاطلاق لا يتناوله والزمان في معنى الحين قال ش
وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر
فان كانت له نية فهو على ما نوى ومن اصحابنا من قال ان الدهر بالالف واللام
هو الابد لا خلاف بينهم فيه وجه قول ابي حنيفة ان الدهر لم ينقل عن اهل
اللغة فيه تقدير معلوم فلم يجز اثباته ورجع الى نية الحالف وجه قولهما
ان الدهر يذكر ويراد به ما يراد بالحين يقال ما رايتك منذ حين كما يقال ما رايتك
منذ دهر فاعتبر قدر احدهما بالاخر فاذا دخل عليه الالف واللام صار
عبارة عن الابد وقول ابي حنيفة لا ادري ليس بعيب كما روي ان النبي عليه السلام
سيل عن افضل البقاع فقال لا ادري ثم هبط عليه جبريل عليه السلام

فقال سالت ربي عن ذلك فقال المساجد وافضلها اهلها من جاها اولًا وانصرف
اخرًا وشر اهلها من جاها اخرًا وانصرف اولًا وعن علي رضه لا يستحي جاهل
ان يتعلم ولا يستحي عالم اذا سيل عما لا يعلمه ان يقول الله اعلم قال ش
ولو حلف لا يكلمه ايامًا فهو على ثلثة ايام وذلك لانه ذكر لفظ جمع واقل الجمع ثلثة
ايام قال ش وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد الايام الاسبوع وجه قول ابي حنيفة ان الالف واللام
للجنس فيقتضي جنس ما يسمى ايامًا وذلك عشرة الا ترى انه يقال بعد ذلك
احد عشر يومًا وجه قولهما ان الالف واللام للعهد والمعهود في الايام ايام
الاسبوع فوجب حمل اليمين على ذلك قال ش ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو
على عشرة اشهر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اثنا عشر شهرًا
وجه قول ابي حنيفة ان جنس ما يسمى بالشهور هو عشرة فحملت اليمين
على ذلك وجه قولهما ان الالف واللام للعهد والشهور المعهودة اثنا عشر
فتناولت اليمين ذلك قال ش واذا حلف لا يفعل كذا وكذا ابدًا وان حلف
ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه وذلك لان اليمين اذا انعقدت
على النفي كان شرط البر عدم الفعل في جميع المدة فاذا فعل في بعضها لم يوجد
شرط البر فحنث واما اذا حلف على ايقاع الفعل ففعله مرة واحدة
فقد وجد شرط البر لانه فعل ما حلف عليه قال ش ومن حلف لا تخرج
امراته الا باذنه فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد في كل
خروج وقال الشافعي لا يحنث لنا انه عقد يمينه على خروج واستثنى

خروجًا بصفة وكل خروج لم يدخل في الاستثنا فهو داخل اليمين فيحنث به اصله
اذا قال لها ان خرجت الا بعد بسيف فانت طالق فخرجت بسيف ثم خرجت
بغير سيف وقع الطلاق فان قيل هذه اليمين جعلت منعًا من الخروج
بغير اذنه فاذا خرجت بالاذن وجب ان يبر ويسقط اليمين اصله اذا قال الا
ان اذن لك قيل له قوله الا ان اذن لك اذا دخل على ما يتوقت كان للتوقيت بدليل
قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم واذا صح
التوقيت لم يدخل ما بعده في اليمين ويصير اليمين بمنزلة قوله ان خرجت
اليوم الا باذني فيعتبر الاذن في خروجها في ذلك اليوم دون ما بعده كذلك
قال ش وان قال الا ان اذن لك فاذن مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير
اذنه لم يحنث فقد بينا ذلك قال ش وان حلف لا يتغدا فالغدا الاكل من
طلوع الفجر الى الظهر والعشا من صلوة الظهر الى نصف الليل والسحور من
نصف الليل الى طلوع الفجر لان الغدا عبارة عن اكل الغدوة وما بعد الزوال
لا يسمى غدوة وما بعد نصف النهار هو اول اوقات العشا والاكل مسماة
به ومضافًا اليه وقد وجد وكذلك السحور وقد قالوا الا يحنث في ذلك حتى ياكل
اكثر من نصف شبعه لان من اكل لقمة لا يقال تغدا وقالوا ايضًا يعتبر ان ياكل
ما يقصد به الشبع فان اكل غير ذلك لم يحنث وقالوا في الحضري اذا حلف
لا يتغدا فشرب اللبن لم يحنث لانه لم يقصد به الشبع ولو كانت اليمين من
بدوي حنث لان ذلك غدا في البادية قال ش وان حلف ليقضينه دينه
الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من شهر وقال الشافعي

لاحد لكن لنا ان ما دون الشهر في حكم القريب والشهر وما بعده فوق في حكم البعيد
بدليل انه لا يجعل ما دون الشهر اخره في غالب الاحوال فوجب ان يحمل على ذلك ولان
القريب والبعيد متضادان وقول الحالف يقتضي ان يتناول احدهما ما لا يتناوله
الاخر فان قيل ما من زمان الا وهو قريب بالاضافة الى ما هو ابعد منه وبعيد
بالاضافة الى ما هو اقرب فليس احدهما اولى من الاخر قيل له اللفظ يجب ان
يحمل على ما يتناوله الاسم عند الاطلاق ولا يعتبر الاضافة الى غيره قال ش
ومن حلف لا يسكن بهذه الدار فخرج منها بنفسه وترك فيها اهله ومتاعه
حنث وقال الشافعي لا يحنث لنا ان السكنى تكون بنفسه وبما يسكن
به في العادة غالبا بدليل ان الناس هكذا يسكنون المنازل وبدليل ان
من جلس في المسجد وبات فيه لا يقال انه ساكن فيه ولو كان معه من اثاثه
من يسكن به قيل سكن المسجد فاذا حلف لا يسكن فقد انعقدت يمينه
على ازالة ما صار به ساكنا فاذا ازال بعضه لم يوجد شرط البر كمن حلف على شيئين
ففعل احدهما ولان الدار تضاف الى الانسان بالسكنى وان كان في سوقه او في
البلد اذا كان فيها اهله ومتاعه فتناول اليمين ذلك فان قيل السكنى
في الموضع ان يتخذ ماواه في احواله التي يشتهر فيها على العيون كالاكل
والشرب والطهارة والمنام فاذا دخل الى موضع بهذه النية فقد سكنه
واذا خرج منه بنية التحول وان لا يعود اليه فقد ترك سكناه ولا يعتبر
بالاهل والمتاع فليس كل احد له ذلك قيل له السكنى هو المقام المستدام بما
يسكن به في العادة ولا يمكن المقام الا به على ما بيناه فاما القفير فان

لا يسكن في موضع الا بشي يتبعه في العادة واذا صار ساكنا بنفسه وبما يتبعه
فزوال السكنى يكون بزوال الجميع قال ش ومن حلف ليصعدن السما
او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها والاصل في هذا
ان اليمين عقد والعقد لا يصح الا بمعقود عليه موجودا او متوهم الا ترى
ان بيع الاعيان المباحه جايزة لوجود المعقود عليه وكذلك بيع العبد الابق
منعقد لان المعقود عليه متوهم دخوله في العقد واذا ثبت هذا قلنا ان
الصعود الى السما وقلب الحجر ذهبا متوهم وجوده لان ذلك مما يدخل تحت قدرة
القادر وقد صعد الانبيا عليهم السلام الى السما والملايكة يصعدون ايضا وينقص قدر
غيره عن ذلك واذا كانت اليمين متوهم وجود المحلوف عليه فيها انعقدت
وانما حنث عقيبها لان البر ليس له وقت منتظر لان الله تعالى لم يجر العادة
ان يفعل ذلك في غير زمان من الانبيا عليهم السلام فحنث في يمينه ليحقق عدم شرط البر
قال ش ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان
بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف وان وجدها رصاصا
او ستوقة حنث وذلك لان الزيوف والنبهرجة من جنس الجياد بدليل
ان الجودة اخذها في ثمن الصرف واذا كان كذلك وقع بها الاقتضا ولا
يتعلق به حنث في يمينه وكذلك المستحق يقع به القضا وانما ينفسخ فيه
القبض بعد ذلك لعدم الاجازة واذا وقع به الاقتضا بر في يمينه وليس
كذلك الرصاص والستوقة لانها ليست من جنس حقه ولا يجوز التجوز
بها في ثمن الصرف فلم يقع بها القضا فحنث في يمينه اذا خرج اليوم ولم

اليها بالدعوي لان الدعوي من حكمها ان تقع في معلوم والمنقول لا ينضبط الا
فوجب احضارها ليقع الدعوي على عينها قال ش وان لم يكن حاضرا ذكر
قيمتها لانها لما تعذر مشاهدة عينها وجب ان يذكر قيمتها ليقع الدعوي
على معلوم قال ش وان ادعي عقارا حدده وذكر انه في يد المدعي
عليه وانه يطالبه به وذلك لان العقار يصير معلوما بالتحديد فيقع الشها
دة على معلوم بين بخلاف انه لو وقعت الدعوي في غير محدود لم يصح حتى يحضر
الحاكم عند الارض فيسمع الدعوي على عينها ويشير الشهود اليها
بالشهادة وكذلك قال اصحابنا المتاخرون في المنقولات التي يتعذر
نقلها كالارحيه والحجارة ان شا الحاكم حضر عندها وان شا بعث باميني
لانها لا تنضبط بالحدود ويشق نقلها فيسمع الشهادة الشهاده
على عينها واما قوله وذكر انه في يد المدعا عليه لانه اذا لم يكن في يده فلا
خصومة بينهما وقوله انه يطالبه لان المطالبة حق المدعي فليس للقاضي فعله
الا بمسالة صاحب الحق قال ش وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه
به فذلك ان الدعوي يقع فيما في الذمة وقد حضر صاحب الذمة فلم يبق من
جملة الدعوي الا ان يذكر انه يطالب به قال ش واذا صحت الدعوي
سال المدعا عليه عنها جملة ما يقال في هذا الموضع ان الدعوي اذا صحت
تعلق بها احكام منها لزوم المدعا عليه حضور القاضي للحكم وقد دل على ذلك
قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون
والزم على الامتناع من الحضور بدل على وجوبه وروي عن علي رضي الله عنه ان

ان امراة الوليد بن عقبه جات الى النبي عليه السلام فدعا على زوجها وشكا عليه
عليه ما عداها واعطاها هدبة من ثوبه كهيئة الدعوي فجات به ولان الاحكام
تحضر الناس بمجرد الدعوي في ساير الاعصار من غير نكير ومنها يرد الجواب
عن الجواب الدعوي اذ لحضور لان الدعوي لما اوجبت الحضور فلزوم الجواب
اولي ومنها لزوم اليمين له اذا انكر وقد دل على ذلك حديث ابي مليكه قال
كتبت الى ابن عباس وكتب عاملا في امراتين كانتا على حرار فجات احديهما
كان صاحبها وجابها باسقي في يدها وليست لها بينة فكتب ابن عباس ان سلها
البينه فان لم يكن لها بينة فاستحلفها واقرا عليها ان الذين يشترون بعهد
الله وايمانهم ثمنا قليلا فان بلغنا ان النبي عليه السلام قال لو اعطي الرجل بدعواه
لادعي الرجل مال الرجل فاستحلفها فابت ان تحلف والزمها وهذا الخبر قد
دل على فوايد منها ان الحاكم يقبل المدعي عن البينه قبل الاستحلاف ومنها
وجوب اليمين في دعوي الجناية ومنها ان القاضي يجب ان يعظم حرمة
اليمين ويعظ المدعي عليه قبل الحلف حتى لا يقدم على يمين كاذبة ومنها وجوب
القضا بالنكول لانه قال فنكلت فالزمها واذا ثبت ان المدعي عليه يلزمه
الجواب عن الدعوي سال القاضي عن ذلك لان الغرض معرفة ما ياتي به من اقرار
او انكار واذا ذلك تتم المسالة عن الدعوي قال ش فان اعترف قضا
عليه بها وذلك لقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يعني شاهدا و
لانه غير متهم فيما يقر به على نفسه فاذا اقر قبل اقراره وقضا به قال ش
وان انكر سال المدعي البينة وذلك لان من اصل ابي حنيفة انه لا يجوز ان يحلف

المدعا عليه اذا قال المدعي لي بينة حاضرة فلهذا اوجب ان يساله عن البينة
قال ش فان احضرها قضا بها وذلك لان البينة بين لما صدق الدعوى
وان الحق لازم له وانا لا نحكم بمجرد الدعوى لانا لا نصدق فاذا قامت البينة
فالحكم يقع بها لا بقول المدعي فلم يكن فيه تهمة قال ش وان عجز عن ذلك
وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لقوله عليه السلم البينة على المدعي واليمين
على من انكر ولان القاضي منصوب لقطع الخصومة وذلك يكون باحد
ثلثة معاني الاقرار او البينة او اليمين وقد عدم الاقرار والبينة فلم يبق الا
اليمين وانما قلنا لا يستحلفه الا بمطالبة المدعي لان اليمين حق له فتوقف استيفاوه
على مطالبته كساير الحقوق قال ش وان قال لي بينة حاضرة
وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله وقال الطحاوي ولم يوجد هذه
الرواية عن محمد وقال ابو يوسف يستحلف وجه قول ابي حنيفة ان اليمين
لما لم يتعلق بها حكم مع البينة كان حضورها في المصر بمنزلة حضورها في مجلس الحكم اصله الشهادة على الشهادة وجه قول ابي يوسف
ان اليمين فايده لجواز ان يتعجل النكول فيستغني عن احضار الشهود
فوجب ان يستحلف قال ش ولا يرد اليمين على المدعي وقال
الشافعي يرد اليمين على المدعي اذا حلف قضا له بالمال لنا قوله عليه السلم
البينة على المدعي واليمين على من انكر عليه والالف واللام للجنس وظاهره
يقتضي ان لا بينة الا في جانب المدعي ولا يمين الا في جنبه المدعا عليه
ولان هذا الكلام خرج مخرج الكلام للبيان والتفصيل فلا يجوز ان ينقل

حكم احدهما الى الاخر وهذا كقوله عليه السلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله
عليه السلم البكر تستامر في نفسها والثيب تشاور وكقوله عليه السلم شاهداك او يمينه
الا ذكر فمن اثبت امرا ثالثا فقد خالف ظاهر الخبر ولانها يمين فلا يستحق
بسببها مال اصله يمين المدعا عليه فان قيل روي ان النبي عليه السلم رد
اليمين على المدعي قيل له يجوز ان يكون المدعا عليه ادعى في مثل
هذا الموضع يرد اليمين عليه فان قيل روي ان عثمان اقترض من المقداد
في ايام خلافته فرده فتحاكما الى عمر بن الخطاب فاراد ان يحلف المقداد فقال
احلف عثمان فامتنع قيل له روي عن علي رضي الله عنه انه حضر مجلس شريح
وهو يقضي فطلب الخصم رد اليمين فامتنع شريح من الرد فقال له علي رضي الله عنه
هذا هو الحق والذي روي ان النبي عليه السلم قال للانصار في قصة عبد الله بن
سهل لما وجد قتيلا نخيبر اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فلا دليل
فيه لانه عليه السلم قال ذلك في سبيل الانكار عليهم بدليل ان اليمين عند المخالف
لا يرد على المدعي الا بعد ان يمتنع المدعا عليه اليهود لم يمتنعوا من اليمين
وانما قالت الانصار لا نرضى بايمانهم فدل ان الكلام خرج على وجه الانكار
قال ش ولا يقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وقال الشافعي
يقبل بينة صاحب اليد اولى اذا اقام الخارج البينة لنا ان الخارج هو
المدعي بدليل انه يدعي خلاف الظاهر ولانه لا يجبر على الخصومة اذا تركها
وقد قال النبي عليه السلم البينة على المدعي واليمين على المدعا عليه فاقتضى
ذلك ان كل بينة تثبت في حق المدعي فلم يبق بينة تثبت في جنبه المدعا
عليه

ولان ان اقام البينة على ما يشهد له ظاهر يده فلم يقبل كما لو اقامها ابتدا
ولم يقم الخارج البينة ولم يلزم البينة بالنتاج لان الظاهر لا يدل على تقدم الملك
فقد اقام البينة على معنى لا يدل عليه ظاهر يده وكذلك البينة على النتاج
فان قيل البينة وضعت في جنبه من ضعف سببه ولهذا لو وضعت ابتدا
في جنبه الخارج لضعف سببه صاحب اليد فقبلت بينته قيل له
لا نسلم ان البينات وضعت في جنبه من ضعفت سببه وانما وضعت في
بينة المدعي فلهذا وضعت البينة في جنبه الخارج بكونه مدعيا لا لضعف
سببه ثم هذا يبطل اذا قضي للخارج ثم اقام صاحب اليد البينة انها لا يقبل
مع ضعف سببه قال ش واذا نكل المدعا عليه عن اليمين قضا
عليه بالنكول ولزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي لا يجوز القضا بالنكول لنا ان
اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك روي ان علي رضي الله عنه قضى بالنكول وروي ان عمر
وزيد بن ثابت اختصما الى عثمان فقضى بالنكول وعن ابن عباس رضي الله عنه انه
قضا بالنكول في حديث ابن ابي مليكة الذي قد بيناه ولم ينقل عن احد خلاف
ذلك ولانه لا يخلوا من ان يرد اليمين على المدعي او يحبس كما قال مالك او يقضي
بالنكول فاما رد اليمين فقد دللنا على انه لا يجوز ولا يجوز ان يحبس لان
اليمين في الاموال ليست بنفس الحق بدليل انه لو بذل المال لم يحلف فاذا
امتنع منها لم يحبس فلم يبق الا القضا بالنكول ولان البينة واليمين كل
واحد منهما سبب لقطع الخصومة فاذا جاز ان يقضي باحدهما الى الا
ستحقاق ابتدا كذلك الاخر ولان الانسان لا يستحق الا باقراره او

بالبينة او بالاباحة والنكول ليس باقرار لانه منكر ولانه لا يثبت به القصاص في النكاح
وليس ببينة بدليل انه لا يثبت به النكاح والقصاص وليس باباحة لان الناكل كاره
والاباحة لا تثبت مع الكراهة قيل له ها هنا قسم اخر وهو في معنى البدل
والاباحة التي هي قايمة مقام البدل ويجوز ان يجبر القاضي على ما هو في معنى
البدل اصله نفقة ذوي الارحام ثم هذا باطل بورث المال اذا قال للساعي في الزكوة
هذا الابل غير التي كانت عندي في اول الحول وتلك بعينها انه يستحلفه
فان نكل قضا عليه بالزكوة مع وجود هذه الاقسام فان قيل لو سكت لم يحكم
عليه مع وجود النكول قيل له اختلف الروايات في ذلك فقال بعض اصحابنا
رحمهم الله اذا سكت سال القاضي عنه هل به خرس او طرش فان قالوا لا
جعله ناكلا وقضي عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو
الصحيح قال ش وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين
ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه فاذا كرر العرض ثلث مرات
قضي عليه بالنكول هكذا ذكر الخصاف قال ساير الكتب المسلة على
الاطلاق فان كان هو المذهب فوجهه ان النكول عند ابي حنيفة رضي الله عنه
قايم مقام البذل فلا يعتبر فيه التكرار كما لا يعتبر في الهبة وعلى قولهما
هو قايم مقام الاقرار والاقرار لا يعتبر فيه التكرار ايضا وان كان المذهب
ما ذكره الخصاف فالوجه فيه ان النكول اضعف من البذل لانه قايم مقامه
فجاز ان يقوى بالتكرار ولان ان كل قد لا يعلم حكم النكول وما يلزمه به ولهذا
يقول له القاضي في كل مرة ان لم تحلف قضيت عليك فوجب ان يكرر ويعرف

ما المزمه ليتكل او يحلف علي علم من ذلك فاذا حصل النكول لم يتعلق به الاستحقاق
الا بمعني اخر ينضم اليه لانه يختلف في تعلق الحكم به فاعتبر حكم الحاكم ليزول
الخلاف قال ش وان كانت الدعوي نكاحًا لم يستحلف المنكر عند ابي
حنيفه لا يستحلف في النكاح والرجعه والفي في الايلا والرق والاستيلاد و
الولا والحدود وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله الا في الحدود
وقد بيناهذه المسلة فيما تقدم وقال الشافعي يستحلف في ذلك كما قالا
وزاد فقال يستحلف في حد القذف لنا ان من لا يستوفي حسنه
بالنكول لا يستحلف فيه اصله حد الزنا فان قيل ما يثبت بالاقرار والشها
ده يستحلف كالاموال قيل وهذا يبطل بالحدود والمعني في الاموال انه يصح
بدلها من طريق الحكم ومنافع البضع بخلافه قال ش واذا ادعي
اثنان عينًا في يد اخر كل واحد يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما
وقال الشافعي في احد قوليه يتهاتر البينتان ولا يقضي بشي وفي قول اخر
كيف يعمل القاضي فيه ثلثة اقوال احدها مثل قولنا والاخر يوقف ابدا حتي
يعلم والثالث يقرع بينهما فمن خرج قرعته قضي له لنا حديث تميم
بن طرفه ان رجلين اختصما الي رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقه واقام كل
واحد منهما البينة انها له فقضي رسول الله عليه السلام بينهما نصفين ولانهما
تساويا في سبب الاستحقاق فيما تصح قسمته فوجب ان يكون
بينهما كما لو اقام كل احد منهما بينة ان الميت اوصي له بالثلث فان
قيل روي سعيد بن المسيب ان رجلين اختصما الي النبي عليه السلام في شي واقام

واقام كل واحد منهما البينة فاقرع بينهما وقال اللهم انت الحكم بينهما قيل له
هذا كان في بدو الاسلام ثم نسخ لما حرم القمار وعلقوا الاستحقاق بالخطر بين
ما روي ان عليًا عليه السلام قال تنازع ثلثة في ولد علي عهد رسول الله عليه السلام فاقرع
بينهم ثم روي انه تنازع اليه اثنان بعد النبي عليه السلام في ولد فقضي به بينهما ولم
يقرع فدل علي انه عرف النسخ ولا يجوز ان يكونا تنازعا في قسم كل واحد
منهما بعينه فاعاد القرعه على القسمة لما بطل التعين فان قيل البينتان
اذا جمع موجبها اقتضي ان يكون الملك لاحدهما بغير عينه لانا نعلم ان الدار تكون
ملكا لواحد منهما فصار كانهم شهدوا ان الدار ملكا لاحد هذين فلا يقبل قيل لما
كل واحدة شهدت لمعين فلا يجوز ان يجعل بمنزلة الشهادة للمجهول وان
كان ذلك موجب البينتين اذا اجتمعا الا تري ان شاهدين لو شهدا ان هذا
ابن فلان الميت ولا وارث له غيره وشهد اخران ان هذا ابن فلان لا وارث له
غيره كان المال بينهما نصفين وان كان موجب البينتين اذا اجتمعا ما ذكرتم كذلك
هذا قال ش واذا ادعا كل واحد منهما نكاح امراة واقام بينته
لم يقض بواحدة منهما من البينتين ورجع الي تصديق المراة لاحدهما وذلك
ان هذا مما لا يصح فيه الاشتراك والقسمة فيقضي به وليست البينتين اولي
من الاخر فسقطتا وبقي مجرد دعوي النكاح علي المراة فترجع الي تصديقها
لان النكاح يحكم به اذا وقع عليه التصادق من الزوجين قال ش واذا
ادعي اثنان كل واحد منهما انه اشتري منه هذا العبد واقام بينة فكل واحد منهما
بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شا ترك وذلك لانا لا نحتاج

الي اثبات ملك البايع وانما نحتاج الي اثبات ملكهما بالعقد وكل واحد من العقدين
معني حادث وكل امرين حادثين لا يعلم تاريخ ما بينهما نوقعهما معًا كالغرقي
فاذا حكمنا بوقوعهما معًا تساويا في سبب الاستحقاق علي وجه لم يبطل
البينتين والشي مما يصح الاشتراك فيه فتساويا في نفس الاستحقاق كا
قامة البينة علي الغصب والوصية فان قيل البيع لا يصح من كل واحد
منهما فقد تناكرت احدي البينتين قيل له الشهود لا يشهدون
بصحة البيع وانما يشهدون بالعقد وليس يمتنع ان يشهدوا كل فريق
ببيع من واحد او يكون قد وكل اثنين بالبيع كل واحد من الانفراد فباعه
الوكيلان معًا كل واحد منهما مع واحد ولم يتقدم احد العقدين علي الاخر
وانما قلنا كل واحد منهما بالخيار فلانه دخل في الشري ليسلم له جميع المبيع من
غير شركة والان لا يسلم له الا مع الشركة وهي عيب فان شا التزم العقد
مع ذلك وان شا ترك قال ش فان قضي القاضي به بينهما فقال احدهما
لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه وذلك لان القاضي لما حكم بالمبيع بينهما
وخيرهما فقد فسخ العقد في كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بتجدد
عقد وهذا كما يقول في الشفيعين اذا قضي القاضي بالدار بينهما ثم ترك احد
هما الشفعة لم يكن للاخر ان ياخذ نصيبه لان القاضي قد ابطل شفعه كل واحد
فيما قضي به الاخر فاما اذا اختار احدهما ترك الخصومه قبل تخيير الحاكم فللاخر
ان ياخذ الجميع لان حقه يثبت في الجميع بالعقد وانما يسقط عن بعضه بالمزا
حمة وقد زالت والعقد بحالة فكان حقه بحاله وهذا كالشافعي اذا اسلم

احدهما قبل قضا القاضي كان جميع ذلك للاخر كذلك هذا قال ش وان
ذكر كل واحد منهما تاريخًا فهو للاول منهما لانا اذا حكمنا بالبيع الاول ملكه
المشتري فصار بعد ذلك بايعًا لملك غيره فلم تخرج بيعه ولو وقت احد
البينتين ولم يوقت الاخري كان لصاحب الوقت كما بينا انا لا نحتاج الي اثبات
ملك البايع وانما نحتاج الي اثبات ملكهما وقد علمنا تقدم ابتياع صاحب
التاريخ علي وقت الدعوي فبقي مع الاخر معني حادثًا لا نعلم تاريخه فيحكم به في
الحال فيكون الذي قبله اولي قال ش وان لم يذكرا تاريخًا مع احدهما
قبض فهو اولي وذلك لان امور المسلمين محمول علي الصحة والجواز
ما امكن ولا يجوز حمل هذا القبض علي الغصب فبقي ان يحمل علي قبض بيع و
القبض معني حادث والبيع معني حادث فحكم معني بوقوعهما معًا فصار
قبض احدهما مع بيع الاخر والقبض يصدر عن عقد فصار عقد صاحب
القبض متقدمًا من طريق الحكم فكان اولي قال ش وان ادعي احدهما شري
وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشري اولي و
ذلك لان الشري والهبة كل واحد منهما معني حادثًا لا يعلم تاريخه فيحكم بوقو
عهما معًا كالغرقي واذا وقعا معًا تعلق الاستحقاق بعقد البيع ولم
يتعلق بعقد الهبة حتي ينضم اليه القبض فكان البيع اسبق نفاذًا اولي
قال ش واذا ادعي احدهما الشري وادعت امراة انه تزوجها عليه
فهما سوا وهذا الذي ذكره قول ابي يوسف ويكون بينهما نصفان وقال
محمد الشري اولي ووجه قول ابي يوسف ان البيع والنكاح متساويان

ان الملك يقع بنفس العقد ويتعلق به الضمان فصار كالتعين وجه قول
محمد ان من اصله ان يصحح البينات ما امكن اولي حسن الظن بالشهود ومتى حكمنا
بتقدم البيع صح وصحت التسمية في النكاح ومتى تقدم النكاح بطل البيع
فيما ادي الي تصحيح العقدين فهو اولي لما ذا كان من اصله الشري اولي يجب
للمراة قيمة ذلك على الزوج لان من تزوج امراة على ملك غيره صحت التسمية
وكان لها القيمة كذلك هذا قال ش وان ادعي احدهما رهنا وقبضا
والاخر هبة وقبضا فالرهن اولي وهذا استحسان وذكر في كتاب الشها
دات ان الهبة اولي وجه القياس ان الهبة فيها اثبات ملك فهو اولي من
اثبات الرهن الذي هو حق وجه الاستحسان ان الرهن يتعلق بضمان والهبة
لا يتعلق بها الضمان فصار الرهن مع الهبة كالبيع مع الهبة قال ش وان قام
الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الابعد اولي وذلك لان صاحب
البينتين قد اقام البينة انه اول المالكين وان الشي لا يستحق الا من جهته واقام
الاخر بينة على الاستحقاق لا من جهته فلم يقبل بينته كصاحب النتاج والملك
المطلق وقال الشافعي في ذلك قولان احدهما صاحب السنة اولي والاخر
يتساويان قال لان صاحب السنة اقام البينة على ملك حادث فصار كما لو اقام
البينة انه اشتراه منه قيل له ينتقض اذا اقام احدهما البينة على النتاج
واقام الاخر انه له منذ ايتين قال ش وان ادعيا الشري من واحد
واقاما البينة على تاريخين فالاول اولي وذلك لانهما قد اتفقا على ملك البايع
وانتقاله من جهته وبينة احدهما يقتضي انه اول المالكين وان الشي بعد ذلك

لا يملك الا من جهته فاذا لم يقم البينة الاخري على ذلك لم يقبل قال ش وان اقام
كل واحد منهما البينة على الشري من اخر وذكرا تاريخا كانا خصمين وهذا
الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقول محمد على رواية الاصول وجهه
ان صاحب الوقت اولي اثبت الملك لنفسه في وقت متقدم لم ينازعه
صاحبه فيه فلا يستحق الملك بعد ذلك الا من جهته وقد اقام الاخر البينة
على الاستحقاق من غير جهته فلم يقبل بينته وعلى رواية الاملا عن محمد
لا يعتد بالتاريخ لان المشتري يثبت ملك بايعه وذكر غير متورخ فتاريخه
ملكه لا يعتد به وصار كان البايعان حضرا واقاما بينة على الملك من غير
تاريخ فيكون بينهما قال ش فلو وقت احدي البينتين ولم يوقت
الاخر فهما سوا وذلك لان يوقت احدهما لا يدل على تقدم ملكه لجواز
ان يكون البينة الاخري لو وقتت وقتا كان اقدم واذا لم يدل على التقدم
سقط التاريخ فصار اذا كان البايع واحدا على ما بيناه واذا كانت
الدار في يد رجل فاقام رجل البينة انها له مات ابوه وتركها ميراثا واقام
اخر البينة على مثل ذلك ولم يوقتا فهي بينهما نصفان وبهما في سبب الاستحقا
وان وقتا فهي لصاحب الوقت الاول في قول ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهم
واحدي الروايتين عن محمد وفي الرواية الاخري عن محمد هما سوا وجه
قولهم ان صاحب التاريخ اقام البينة انه اول المالكين وان الملك في المدة
لا يستحق الا من جهته فكان اولي كما لو كان ذلك في الملك المطلق وجه
قول محمد ان كل واحد من الوارثين انما يثبت الملك للميت بدليل ان ديو

يقضي منه ولا يثبت له الملك الا بعد ثبوته للميت فصار كان الميتين حضرا
واثبتا ملكهما من غير تاريخ فيكون بينهما قال هشام سالت محمد عن
ذلك فقال هي بينهما قلت لم وقد وقتوا قال لم يوقتوا متى كانت للميت
قلت فان ارخا ملك الميتين قال لصاحب التاريخ الاول وكان الشيخ ابو بكر الرازي
يقول في الشري من اثنين انه لصاحب التاريخ الاول في قولهم ويفرق محمد
بين الشري والميراث بان المشتري يثبت الملك لنفسه ولا يقوم مقام
بايعه في الملك وفي الميراث بخلافه الا ان محمدا قد ذكر في الاملاء في الشري
ايضا ان التاريخ لا يقبل الا ان يورخا ملك البايعين وجهه ان المشتري
لا يثبت له الملك الا بسلامته لبايعه فصار في حكم الوكيل للبايع قال ش
وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا
كان اولي وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقول محمد الاول ثم رجع
فقال لا يقبل من الذي في يده بينة على وقت ولا غيره وجه قولهما ان صا
حب اليد اقام البينة انه اول المالكين وان الشي في المدة لا يستحق الا من
جهته فلم يقبل بينة على الاستحقاق من غير تلك الجهة كما لو اقام صاحب
اليد البينة على النتاج وجه قول محمد ان التاريخ ليس بجهة الملك
انه اقام البينة على الملك المطلق واما اذا اتسا في الوقتان فبينة
الخارج اولي من قولهم لان التاريخ لا يدل على سبق احد الملكين فصار كما لو
اقاما البينة من غير تاريخ وان وقتت بينة احدهما ولم يوقت الاخر
فالبينة بينة الخارج عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم وعن ابي يوسف ان الذي

وقت اولي وجه قولهما ان تاريخ صاحب اليد لا يدل على تقدم ملكه لجواز ان يكون
للخارج لو وقت شهوده كان ملكه اقدم فاذا لم يدل التاريخ على تقدم الملك
سقط فكانت بينة الخارج اولي وجه قول ابي يوسف ان بينة صاحب اليد قد
دلت على تقدم الملك فكانت اولي من الملك المطلق كالمدعيين للشري من واحد
اذا ارخ احدهما الجواب ان الشري معنى حادث فاذا لم يورخ حكم بوقوعه
في الحال فكان المتقدم اولي منه والملك ليس بمعنى حادث فيجوز ان يكون ملك
الاصل فلا يحكم بوقوعه في الحال واما اذا كان الشي في ايديهما واقاما كل واحد
منهما بينة وارخ احدهما سقط التاريخ عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
الذي وقت اولي فان كانت الدار في يد ثالث وادعاها خارجان واقاما
البينة ووقت احدهما فهما سوا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت
اولي وقال محمد الذي اطلق اولي وجه قول ابي حنيفة ان التاريخ لما لم يدل على
تقدم الملك سقط فكانهما اقاما البينة على ملك مطلق وجه قول ابي يوسف
ان صاحب التاريخ اثبت ملكا متقدما فكان اولي كالمشترين وجه قول محمد ان البينة
بالملك المطلق يدل على ملك الاصل بدليل ان من اقام البينة على ملك جارية
استحق اولادها فملك الاصل اولي من التاريخ قال ش وان اقام الخارج
وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولي وقال ابن ابي ليلي الخارج
اولي دليلنا ما روي جابر بن عبد الله ان رجلا ادعي ناقة في يد رجل واقام
كل واحد منهما البينة انه نتجها فقضي رسول الله عليه السلام لصاحب اليد
ولان صاحب اليد قد دلت بينته على معني لا يقتضيه ظاهر اليد

بمنزلة بينة الخارج فاذا كان كذلك تساوت البينتان ومع صاحب اليد ترجح
باليد فكان اولى هذا هو الصحيح من المذهب وعن عيسى بن ابان يتهاتر
البينتان وترك الشي في يد الاخر لا على طريق القضا ووجه ان القاضي
قد عرف كذب احدى البينتين وليس احدهما باولى من الاخر كما لو شهد
شاهدان ان فلانا قتل يوم النحر بمكة والاخران انه قتل يوم النحر بالكوفة
والجواب ان الشهود لا يشهدون بالنتاج بمشاهدة الولادة وانما
يرون الفصيل يتبع الام فيشهدون انه فصيلها فلا يحكم بكذب احد الفريقين
كما لا يحكم بكذب احدهما اذا اشهد وابملك مطلق وان وقت كل واحد منهما
فهو على فصول ان كان سن الدابة يوافق احد الوقتين فقضا به لمن كان اوفق
لان الحال يشهد بتصديق شهوده فكان اولى فان اشكل سقط التوقيت
لانه لا دلالة فيه فكأنهما اقاما البينة على النتاج خاصة بغير قان خالف
بين الدابة الوقتين قضا بها لصاحب السن قال الحاكم الصحيح
ان يبطل البينتان وهو رواية الليث لان السن معنى معلوم وقد ذكرت
البينتين معا فسقطا وبقي الشي في يد الصاحب اليد كمن اعترف
بنسب غلام لا يولد مثله لمثله وجه الرواية الاخرى ان اعتبار التاريخ
انما هو لفايدة لهما فاذا لم يكن فيه فايدة سقط وصار كانهما
لا يورخاه قال فان اقام البينة على النتاج والاخرى على الملك
فصاحب النتاج اولى ايهما كان لانه اقام البينة انه اول المالكين وان الشي
لا يملك الا من جهته واقام الاخر البينة على الاستحقاق من غير ملكه

الجهة فلا يقبل وكذلك النسج في الثياب الذي لا ينسج الا مرة واحدة وكل سبب
في الملك لا يتكرر وذلك مثل غزل قطن في يد رجل اقامه بينة انه غزله
في ملكه واقام خارج انه غزله في ملكه لانهما اذا اضافا ملكهما الى سبب
في الملك لا يتكرر كان صاحب اليد اولى قياسا على الولادة وان كان يتكرر قضي
به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهذا مثل الخز فانه ينسج مرة بعد مرة فان
اشكل ذلك رجع فيه الى اهل الصنعة لانهم اعرف به من غيرهم فان اشكل
عليهم قضي به للخارج لان الاصل ان البينة بينة الخارج وانما عدلنا
عن ذلك لخبر النتاج فاذا لم يكن في معناه عدنا الى الاصل وقد قالوا
اذا ادعا رجل جبنا في يد رجل واقاما البينة فهو على فصول ان اقام
كل واحد منهما البينة ان الجبن له صنعه في ملكه فصاحب اليد اولى لان
عمل الجبن سبب في الملك لا يتكرر فصار كالنتاج وان اقام كل واحد البينة
ان اللبن الذي صنع هذا الجبن منه له صنع منه الجبن في ملكه قضي
للخارج لان المنازعة وقعت في اللبن وقد اقام كل واحد منهما البينة
على ملك مطلق فالخارج اولى وان اقام كل واحد منهما البينة ان ذلك
اللبن حلب في يده فانه يقضى به لصاحب اليد لان الحلب لا يتكرر وان اقام
كل واحد البينة ان الجبن له صنعه في ملكه من لبن حلب في ملكه من شاته
وان الشاة له فانه يقضى به للخارج لان الاختلاف وقع في الشاة وقد
اقام البينة على ملك مطلق وان اقاما البينة ان تلك الشاة نتجت عنده
قضا بالجميع لصاحب اليد لان الولادة معنى لا يتكرر وذكر محمد في الاصل

اذا تنازعا شاة واقام كل واحد بينة على النتاج فقضا به لصاحب اليد
ثم جا اخر وادعا انها له نتجت في ملكه واقام بينة على ذلك قضي له الا ان
صاحب اليد بينة وذلك لان بينة صاحب اليد لم تسمع في حق هذا المدعي فلا
عبرة بسماعها في حق غيره ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع
حصد من ارض فلان فاراد صاحب الارض ان ياخذ الحنطة فليس له ذلك
لان الحنطة تتبع البذر دون الارض الا ترى ان الغاصب اذا زرع كان الزرع
له فلم يكن في اضافتهم الزرع ارضه دلالة على الاستحقاق وهذا
استحسان والقياس ان يكون لصاحب الارض لان الظاهر انه زرع ارضه
ما لم يعلم غير ذلك ولو قالوا هذه الحنطة من زرع هذا كان له لانهم
اضافوه الى ملكه في الحال وجعلوه جزءا من اجزا ملكه ولو قالوا هذه
الحنطة من زرع كان في ارضه لم يقض له بشي لان الشهادة بيد كانت لا يقضى بها
في المشهور من قولهم ولو شهدوا ان هذا جلد شاته او صوف شاته
لم يقض له لانهم لم يضيفوه الى ملكه ولكن اضافوا الى شي واضافوا ذلك
الشي الى ملكه وقد يكون الشاة له وصوفها وجلدها لغيره مثل ان
يوصي له به قال وان اقام الخارج البينة على الملك واقام صاحب
اليد بينة على الشرى منه كان اولى وذلك لان بينة الخارج تثبت له
الملك وبينة صاحب اليد يقتضي انتقال الملك من جهة الخارج فلا تنافي
بينهما وصار كان صاحب اليد اقر بالملك للخارج وادعى انه اشتراه منه
واقام البينة قال وان اقام كل واحد منهما بينة على الشرى

من الاخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد اقضي بالبينتين جميعا واقضي بالدار للمدعي الذي
ليست الدار في يده وجه قولهما ان دخول كل واحد من المتبايعين في البيع
اقرار بالملك فصار كان كل واحد منهما اقام البينة على اقرار الاخر له ولو
اقاموا البينة على الاقرار تهاترت البينتان كذلك هذا وبقي الشي في يد الذي
هي في يده وجه قول محمد رضي الله عنه ان الشهود عدول والواجب حسن الظن
بهم وحمل الامر على الصحة ما امكن والبينة اذا قامت على معنى وجب ان
يحكم بها واثبات السابق منهما واخر علامات السبق هو اليد بدليل
ان المشترين من واحد اذا اقاما البينة ومع احدهما قبض جعل عقده
اسبق فوجب ان نحمل الامر على ان الخارج باع من صاحب اليد وسلم اليه
ثم باع صاحب اليد منه ولم يسلم فيومر بالتسليم ولا يجوز ان نحمل الامر
على صاحب اليد باع من الخارج ولم يسلم اليه ثم ابتاعه منه لان بيع العقار
عند محمد قبل القبض لا يجوز ولا يجوز حمل الامر على ما يفسد معه احد
العقدين بل يجب حمله على ما يصح معه العقدان جميعا ولو وقتت كل
واحدة من البينتين وقتا احدهما قبل الاخر فهي لصاحب الوقت الاخر على
قول ابي حنيفة وابي يوسف وكان الاول ابتاع اولا ثم باع من الاخر فيومر بالتسليم
ان كانت في يده وعلى قول محمد ان كانت بينة الخارج اسبق ولم يشهد
الشهود بالقبض فهي للخارج لان الخارج اذا اشترى اولا ثم باع حكمنا انه
باع فبيعه قبل القبض للعقار لا يجوز عند محمد فبقي ما اشتراه على حاله

فيكون ونيقة البينة قوله مثل قولهما قال ش وان اقام احد المدعين شاهدين والاخر اربعة فهما سوا لان كل واحد من الشهادتين تثبت الاخرى في ثبوت الحق حال الانفراد ولا يترجح احديهما على الاخرى حال الاجتماع كما لو تساوا العدد ولان البينة يعتبر فيها العدد والعدالة فاذا لم يترجح احدي البينتين على الاخرى بزيادة التعديل كذلك بزيادة العدد قال ش ومن ادعي قصاصا على غيره فجحد استحلف وذلك لقوله عليه السلام واليمين على من انكر قال ش فان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عليه الارش في هذا الاختلاف فرع على اختلافهم في معني النكول فعند ابي حنيفة انه في معني البدل وقد بيناه فيما تقدم وبدل ما دون النفس يصح من طريق الحكم الا ترى ان من اذن لرجل في قطع يده ففعل لم يلزمه قصاص ولا ضمان بمنزلة انه لو استوفاه بحق واذا صح بدله جاز استيفاؤه بالنكول كالاموال وعلى قولهما النكول قايم مقام الاقرار وليس بصريح فيه بدليل افتقاره الى حكم الحاكم والاقرار حكمه ثابت بنفسه والقصاص لا يثبت بما قام مقام الغير ومتى تعذر استيفا القصاص وجب المال كمن العمد المشترك اذا عفا احد الشريكين قال ش وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وقال ابو يوسف ومحمد يلزمه الارش وقد كان القياس عند ابي حنيفة ان يقتص منه لما قدمناه فيما دون النفس وانما استحسن في اسقاط القصاص استعظاما لحرمة النفس الاترى

انه تعلق بها ما لم يتعلق بغيرها من تكرار الايمان ووجوب الكفارة فلذلك افترقا وانما قال يحبس لان اليمين قد يكون حقا في الانفس بدليل اجتماع الدية والقسامة في القتل الذي يوجد في المحلة واذا جاز ان يكون نفس الحق فمتى امتنع من ايفائها وتعذر الحكم بموجب نكوله وجب ان يحبس وعلى قولهما لما تعذر استيفا القصاص وجب المال قال ش واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام فان فعل والا امر بملازمته الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازم مقدار مجلس القاضي اما الكفيل فلا خلاف ما قاله الشافعي فلان الخصومة حق للمدعي عليه بدليل انه يلزمه الحضور وان لم يحضر حال القاضي بينه وبين اشغاله واعدي عليه فاذا خاف المدعي هربه الى ان يحضر البينة لم يمكن التوصل الى استيفا حقه الا بالكفيل كما لو ادعى عليه عينا وقال لي بينة حاضرة انه يوخذ منه كفيلا بلا خلاف كذلك هذا واذا لم يدفع الكفيل كان له ملازمته لئلا يذهب حقه واما تقدير المدة بثلثة ايام فهو على قول ابي حنيفة وقد روي عن ابي يوسف انه يوجله ما بين مجلس القاضي وهذا ليس باختلاف في الحقيقة لان ابا حنيفة في هذا اجاب على ما شاهده من رسم القضاة وجلوس الحاكم يوما ويوما لا فيمكنه ان ياتي في تلك المدة لان المجلس الثاني يكون في اليوم الثالث وابو يوسف اجاب على ما شاهده في زمانه من جلوس القضاة ولا يتمكن من احضار الشهود في مجلس فاعتبر ما بين المجلسين واما اذا كان المدعا عليه غريبا فاعتبر ثلثة ايام في حقه في الملازمة يضر به

ذلك لا يجوز وليس كذلك المقيم لانه لا ضرر عليه في الملازمة ودفع الوكيل فيه فافترقا قال ش وان قال المدعى عليه هذا الشي اودعنيه فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذكر فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن ابي ليلى لا يدفع الخصومة وجه قولنا ان الخصومة حق لزم صاحب اليد فكان له اسقاطه عن نفسه كساير الحقوق واذا اقام البينة فقد احال الخصومة على غيره حين اقام البينة بوصول الشي من يد الغايب الى يده فاشبه اذا اقام البينة انه احال بالدين على اخر وجه قوله انه ليس بخصم عنه في اثبات الملك فيبقى الشي ملكا له فلا تقع الخصومة قضا اذا قامت البينة ان يد المدعا عليه المشاهدة ليست بيد له كفى في دفع الخصومة دون اثبات الملك للغايب فاما قبل اقامة البينة فان لا يدفع الخصومة بقوله وقال ابن شبرمة يدفع وهذا لا يدفع لان الخصومة حق ثبت للمدعي قبل المدعا عليه بدليل ان القاضي يعدي عليه فلا يملك نقلها الى غيره بقوله كما لو ادعى عليه مالا فادعى انه قد احال به على اخر وعن ابي يوسف ان القاضي ان اتهم صاحب اليد انه سلم الدار الى الغايب ثم سلمها منه في الظاهر ليوخر الخصومة فانه يجعله خصما قال ش وان قال ابتعته من الغايب فهو خصم لان هذا القول يتضمن ان الملك في الحال له دون الغايب وكان الغايب قبل ذلك فلا يخرج بذلك من الخصومة التي وجبت عليه كما لو ادعى انه له مطلقا قال ش وان قال المدعي سرقته مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام بينة لم يدفع الخصومة وذلك لان

قوله وان قال المدعى عليه هذا الشي اودعنيه فلان الغايب ... وقال ابن ابي ليلى يدفع ... وقال ابو يوسف ان كان ... الاحتيال ... خواهرزاده رحمه الله تعالى

وقال ابو حنيفة ... الاسم والنسب

المدعي عليه بفعله فلا يكون الغير خصما عنه في ذلك الا بوكالة ولم يوجد ذلك فلم تصح حوالته بالخصومة وعلى هذا لو قال المدعي اودعتكه قال ش وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك اسقط الخصومة عن نفسه بغير بينة وذلك لانهما اتفقا على وصوله الى يده من يد غيره وليس بوكيل في الخصومة وانما هو وكيل في الحفظ على قوله فلا يكون بينهما خصومة واما اذا قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان فلان لا يدفع الخصومة عن نفسه في قول ابي حنيفة وابو يوسف وقال محمد يدفع الخصومة ... وجه ان صاحب اليد اقام البينة على وصوله الى يده من جهة الغير فصار كما لو قال المدعي غصب مني واقام صاحب اليد انه اودعه فلان وجه قولهما ان الاستحسان ان السارق لا يد له وقد ادعي السرقة فالظاهر انه لا يوجد الا يد السارق والسارق لا يد له فصار كانه اخذه من الطريق قال ش واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام لا تحلفوا بابايكم ولا بالطواغيت من كان حالفا فليحلف بالله تعالى او ليصمت قال ش ويوكد بذكر اوصافه وذلك لان معنى اليمين الذي تراعا حرمته قد وجد وانما يضاف الصفات على وجه التاكيد ويستغلظ الحالف اليمين ولهذا قالوا انه اذا ذكر الصفات ذكرها بغير واو ليكون الجميع يمينا واحدة ولو ذكرها بحرف العطف كان كل لفظة يمينا والواجب عليه يمين واحدة قال ش ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لقوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله سبحانه وتعالى

ولان القسم يقتضي تعظيم المقسم به وهذا النوع من التعظيم لا يستحقه الا الله تعالى
قال ش ويستحلف اليهود بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى والمجوس بالله الذي خلق النار وذلك لان اليمين
لا تجوز بغير الله تعالى وهم يعظمون هذه الاشيا واليمين بها لا يمكن فوجب
ان يستحلفون بالله تعالى ويجعل ما يعظمونه مضافا الى فعله لتستعظم
اليمين به فاما الصابيه فان كانوا يومنون بادريس عليه السلام استحلفوا بالله
الذي انزل الصحف على ادريس وان كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا
بالله الذي خلق الكواكب قال ش ولا يحلفون في بيوت عباداتهم
لان حملهم الى هذه المواضع انهام لتعظيمها وذلك ممنوع عنه قال ش ولا
تجب تغليظ اليمين على المسلمين بزمان ولا مكان وقال الشافعي اذا كانت
اليمين في قسامة او في اللعان او في مال عظيم فانها تختص بمكان فان كان
بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه السلام وفي ساير
البلاد يوم الجمعة بعد العصر لنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على
من انكر ولم يفصل ولان اليمين سبب لقطع الخصومة فلا تختص بمكان
كالبينة فان قيل كان النبي عليه السلام والايمة من بعده يستحلفون عند منبر
قيل له انما فعلوا ذلك لانهم كانوا يقضون في المسجد فاذا اتفق ذلك فيه
لا لكونه شرطا فان قيل روي ان زبيرا اختار بر جل يحلف عند منبر رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال في قسامه او مال عظيم قيل له هذا يدل ان
لا يستحلف هناك في المال القليل ولا يدل على انه شرط في التغليظ فان

قيل قال النبي عليه السلام من حلف على منبري كاذبا ولو على سواك من اراك لقي الله وهو عليه
غضبان قيل له هذا يدل على تاكد حكم اليمين على منبره اعظم الماثم فيها ولا يدل انها
شرط في اليمين قال ش ومن ادعى انه ابتاع من هذا العبد بالف فجحد استحلف بالله
ما بينكما بيع قايم فيه فلا يستحلف بالله ما بعت وجملة ما يقال في هذا الموضع ان
الدعوي اذا وقعت فيما يرتفع بعد وقوعه فان اليمين يقع على ثبوت حكمه
في الحال ولا يقع على نفس الحق هكذا روي الحسن عن ابي حنيفة وذكر الخصاف
ان الاستحلاف يقع على السبب المدعي الا ان يعرض الخصم وهو قول ابو يوسف
ومتى كانت الدعوي في الذي يرتفع بعد وقوعه اولا يتغير حكمه فاليمين يقع
على السبب ومسلة الكتاب من القسم الاول لان البيع قد يطرا عليه الاقالة
والفسخ فلو استحلفه على اصل البيع لم يامن ان يكون قد حدث ما اوجب
بعض ذلك فان حلف على نفي اصل البيع كان كاذبا وان لم يحلف وادعى المعنى
الطاري لم يقبل قوله واذا استحلفه القاضي على ثبوت حكم ذلك في الحال فقد
وفي المدعي عليه حقهما لان المدعي مقصوده ثبوت احكام العقد ومتى
امكن ايفا حقهما كان اولى من ايفا حق احدهما واسقاط حق
الاخر وجه الرواية الاخرى ان اليمين يستوفي لحق المدعي فوجب ان يكون
مطابقه لدعواه وجواز ان يكون الحكم قد تغير لا معنى له لان ذلك يرجع الى حق
المدعا عليه ويمكنه ان يعرض الحاكم ويستدرك حقه فمتى لم يعرض على
ذلك حقا له وجب اعتبار حق المدعي وصفة التعريض ان يقول المدعي
عليه اذا عرض عليه القاضي اليمين بالله ما بعت ايها القاضي لان الانسان

المدة وبانت فجحد الزوج ان القاضي يستحلفه بالله ما هي بائن منك في الحال
فلا يستحلفه على الاصل لجواز ان يكون قد فات المدة فيكون كاذبا وان لم
يحلف وادعى الفي لم يصدق فوجب ان يستحلف على البينونة في الحال فان
قالت المراة للقاضي ان هذا يري ان الفرقة لا يقع بمضي المدة حتى يفرق
القاضي فان حلفته بذلك تاول فان القاضي يستحلف على الايلا لبرء المدعية
حقها ويجب على قول اسمعيل ان يقول له ان كانت صادقة فقد حكمت
عليك بالفرقة ثم يستحلفه بالله ما هي بائن منك في الحال وقد قالوا
اذا ادعى رجل على رجل الف درهم فاقر بها وادعى انه قضاها استحلف
المدعي بالله ما قبضت من هذا المال الذي ادعيته عليه بهذا السبب
الذي ادعيته قليلا ولا كثيرا ولا وصل اليك من هذا المال شيا بوجه
وانما استحلف على القبض لانه لا يسقط حكمه بعد ثبوته وذكر وصول
الحق اليه لانه يجوز ان يحكم اليه بقبضه من غير قبض لحوالة او معارضه
فجمع بين الامرين وقد قالوا ش والادعى على رجل الف درهم دينا وانه
رهنه بهذه الدار فاقر المدعي عليه بالمال فجحد الرهن استحلف بالله تعالى
ما هذه الدار له رهنا بهذا المال الذي ادعا انك رهنتها اياه به وقالوا
ان المدعي عليه اذا خاف ان يعترف بالمال فيجحد المدعي الرهن انه يقول
في جواب الدعوي للقاضي سله هل لي في يديه رهن بهذا المال الذي
يدعيه فاذا جحد قال المدعي عليه ما له علي الالف درهم الا رهن بها استحلف
على ذلك كان صادقا لان الرهن يجمع الدين موصوفا فاذا حلف على دين

على دين مطلق كان كاذبا وقد قالوا كل من ادعي عليه فعل من جهته او ادعي عليه
حق في شي استفاده بفعله فان اليمين اذا وجبت في ذلك كانت على البتات وكل من
ادعي عليه فعل غيره او شي في حق ملكه بغير فعله فاليمين في ذلك على العلم والاصل
في ذلك ان النبي عليه السلام استحلف في القسامة بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا فا
ستحلفهم على فعلهم على البتات وعلى فعل غيرهم على العلم وقد قالوا ليس
للقاضي ان يستحلف الخصم حتى يسال المدعي ذلك الا في اربعة اشيا فان القاضي
يستحلف فيها وان لم يطلب المدعي اليمين احدها الشفيع يحلفه بالله لقد
طلبت الشفعة حين علمت بالشرى والثاني البكر اذا بلغت يحلفها بالله
لقد اخترت الفرقة حين بلغت والثالث في الرد بالعيب يحلفه بالله انك لم
ترض بهذا العيب ولا عرضته على بيع منذ رايته والرابع المراة اذا سالت
ان يفرض لها النفقه في مال زوجها الغايب يحلفها بالله ما اعطاك نفقة
حتى خرج وهذا قول ابي يوسف واما عند ابي حنيفه ومحمد لا يحلف حتى يطلب
الخصم اليمين لان اليمين حق لازم يملكه المطالب به فلا يستوفي بغير مطالبة
كساير الحقوق وجه قول ابي يوسف ان المستحق قد يجهل وجوب اليمين
في هذه المواضع فوجب ان يطالب بها القاضي حتى لا يبيع حكمه في غير موضعه
قال ش واذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والا
خر نصفها واقام البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف
ربعها عند ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد هي بينهما اثلاثا وهذه المسالة
مبنية على اصول احدها ان التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس

قد يبيع شيا ثم يقال فيه فخي اذ يلزم القاضي على الاستحلاف على حكم الشي في الحال
وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا المدعى عليه حين طالب به
قال ش ويستحلف بالله في الغصب بالله ما يستحق عليك كذا ولا يستحلف
بالله ما غصبت وهذا يدل على ما بينا ان الغصب يطرى عليه ما يغيره
عن ضمانه وكان الاستحلاف على حكمه قال ش وفي النكاح بالله ما بينكما
نكاح قايم في الحال وذلك لان النكاح يرد عليه الطلاق كما يرد الاقالة على
البيع قال ش وفي دعوى الطلاق بالله ما هي باين منك الساعة بما
ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها وذلك لان الطلاق يطرى عليه ما يرفعه
وهو الرجعة والتزوج فصار كالاملاك وقد قالوا في الامة اذا
ادعت العتق على مولاها انه لا يستحلف بالله ما اعتقها لان عتق الامة
لا يطرى عليه ما يغير حكمه وهو ان ترتد وتلحق بالدار فتسبي فيحلف
بالله ما هي في الحال حرة واما العبد اذا ادعى العتق فهو على وجهين
ان كان مسلما استحلف المولى بالله ما اعتقت لان عتق العبد لا
ينفسخ بعد وقوعه فلا معنى للعدول عن مقتضى الدعوى ان كان العبد
كافرا فهو كالامة لانه قد يعتق فينقض العهد ويلحق بالدار فيسبى
ويستحلف في الاجارة اذا جحد المستاجر ماله قبل اجارة هذه الدار
الى هذا الوقت الذي ادعا بهذه الاجرة الذي ادعى لان الاجارة مما يطرى
عليها الفسخ فيحلف على الحكم على قولهما وعلى قول ابي يوسف على نفس
الدعوى هو ندا قال ش واستحلف في القطع بالله ما قطعت يدي

قوله وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قايم في الحال هذا على مذهبهما اما عنده لا يحلف في النكاح والاصل في جنس هذه المسايل ان الدعوى اذا وقعت في سبب يرتفع بعد وقوعه كالبيع والنكاح والطلاق بالمال يستحلف على ثبوت حكمه في الحال لا على السبب وان كان سببا لا يرتفع فالتحليف يكون على السبب كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه يحلف المولى بالله ما اعتقه

القتل بالله ما قتلت اباه وقال الخصاف انه يستحلف بالله في القتل ما له عليك دم
وليه فلان ولا حق بسببه وهذا هو الصحيح على ما تقدم ولان القتل قد يطرى عليه
العفو والصلح قد يكون قتلا بحق فلو استحلف على نفس الحق كان فيه ضرر على
المدعى عليه ولو احلف على ما ذكر كان فيه ابقا حقهما وكان اولى وقد قال
ابو يوسف في قتل الخطا انه يستحلف على نفس الفعل لانه لو استحلف على استحقاق
الارش في الحال جاز ان يحلف ويتناول الحق على العاقلة فلم يعتبر في ذلك حق المدعى
عليه وهو جواز ان يكون قد ابراه من الدم ولكن ان يحلف بالله ما قتلته قتلا
سقطت المطالبة بالارش فله بسبب وقد روي ان اسماعيل بن حماد بن
ابي حنيفة حضره رجل وادعى على رجل انه اشترى دارا في جواره وانه يطالبه
به بالشفعة فيها فانكر المدعى عليه الشرا فاراد اسماعيل ان يحلفه
بالله ما اشتريت فقال المشتري ايها القاضي قد يشتري الانسان ويسقط
الشفيع شفعته فاراد استحلافه بالله ما عليك شفعة في هذه الحال فقال
الشفيع ايها القاضي ان هذا يعتقد ان شفعة الجار غير واجبة فان
استحلفه تاول ذلك فحلف فقال اسماعيل المدعى عليه ان كان الامر على ما
يدعي من الشرى فقد حكمت عليك بالشفعة ثم يستحلفه بالله ما عليك
شفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق ما يستحق عليك شفعة في هذه
الدار في الحال فامتنع من اليمين وهذا صحيح لانه قد بدا بالحكم ليقطع موضع
الخلاف فلم يمكن الخصم ان يتاول في اليمين ثم استحلفه قوم في كل واحد منهما
حقه فقد قالوا في المراة اذا ادعت ان زوجها الا منها ولم يفي حتى مضت

رضا

الاستحقاق كالبنوة في الميراث واصل اخر وهو ان بينة صاحب اليد والخارج اذا تعا
في الملك المطلق كان الخارج اولى وقد مضت اصل اخر وهو ان عند ابي حنيفة ان من
يدلي بسبب صحيح يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه
وعند ما الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه فكل من لا يدلي بسبب صحيح فانه يضرب
بقدر ما يصيبه حال المزاحمة وذلك مثل مسئلتنا ومثل الموصى له باكثر من الثلث
وقال ابو يوسف ومحمد يضرب كل واحد بجميع ذلك بمنزلة اصحاب والفرق بين السبب
الصحيح وبين غيره على قول ابي حنيفة ان كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام
معنى اخر اليه فهو سبب صحيح وما لا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه فليس بسبب
صحيح وجه قول ابي حنيفة ان السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه
بدليل ان الهبة والوصية الذي لا يتعلق الاستحقاق بعقدهما اضعف من البيع
الذي يتعلق به الاستحقاق بعقده فلو سوينا بينهما في المضاربة لسوينا
بين السبب الضعيف والقوي وهما لا يصح وجه قولهما ان كل واحد منهما لو انفرد
استحق ما في يده فاذا ازدحما ضرب بما يدعيه كاصحاب العول واصل اخر وهو
ان المتداعيين للعين في ايديهما يتصرف كل واحد منهما الى ما في يده ويتصرف الزيا
دة الى ما في يد الاخر وذلك لانه لو لم يكن كذلك صار متمسكا بما في يده من غير حق و
الواجب حمل امر المسلم على الصحة ما امكن فاذا ثبتت هذه الاصول رجعنا الى
المسئلة فقلنا كل واحد من المتداعيين لا يدلي بسبب صحيح الا ترى ان الدعوى لا
يتعلق بها الاستحقاق الا بانضمام معنى اخر اليها اما اقرار او بينة او حكم حاكم
واذا كان كذلك انقسمت عند المنازعة على الدعاوي فنقول مدعي النصف لا دعوى

له في النصف الاخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الاخر كل واحد منهما يدعيه وقد
اقاما البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق
فكان هذا النصف بينهما نصفين فيحصل لصاحب الجميع ثلثة ارباع الدار ولمدعي النصف
الربع وعلى قولهما يضرب كل واحد بجميع دعواه لان الاسباب كلها استوت ههنا
فاحتج الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب
مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا قال ش ولو كانت في ايديهما سلم
لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء وذلك لان الدار في
ايديهما فاليد من اسباب الاستحقاق فاذا استويا في اليد تساويا في الاستحقاق
فصار في يد كل واحد منهما النصف فمدعي النصف ينصرف دعواه الى النصف الذي
في يده دون ما في يد صاحبه على ما بينا وقد اقام الخارج البينة على ذلك النصف واقام
عليه صاحب اليد فكان الخارج اولى والنصف الذي في يد مدعي الجميع لا منازع له فيه فبقي
في يده لا على طريق القضاء قال ش وان تنازعا دابة واقام كل واحد منهما
بينة انها نتجت عنده وذكر تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو
اولى وان اشكل ذلك كانت بينهما وقد بينا ذلك قال ش وان تنازعا دابة
احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى وكذلك اذا تنازعا بعيرا
وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى وذلك لان الراكب له تصرف ظاهر فكان
اولى كما لو تنازعا دارا احدهما ساكنها والاخر اخذ بحلقة الباب ان الساكن
اولى وكذلك صاحب الحمل له يد ظاهرة وتصرف فكان اولى قال ش وان تنازعا
قميصا احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لما ذكرنا فصل

كتاب الدعوى لان تحمل المسئلة التي حكاها الخصاف على ان الخصم منكر لليد وفي مسئلة الدعوى
كل واحد منهما معترف باليد ومن اصحابنا من حمل مسئلة الدعوى على انهما اقاما البينة
على اليد ثم اقام احدهما البينة على الملك فان وضعنا المسئلة على انهما لم يقيما البينة
على اليد حتى اقام احدهما بينة على الملك فان القاضي يجب ان يقضي له في حق صاحبه خاصة
دون غيره حتى لو وجدت الدار في يد ثالث لم ينزع من يده لجواز ان يكون ...
فسمع البينة في حق الخصم الحاضر دون غيره واما اذا لم يكن لواحد منهما بينة حلف
كل واحد منهما وان حلفا جميعا لم يقض لواحد منهما باليد لانه لم يثبت لواحد منهما
شيء فان نكلا جميعا قضى باليد بينهما في حقهما خاصة فان نكل احدهما قضى عليه خا
صة حتى لو وجد في يد ثالث لم ينزع من يده فصل قال ابو حنيفة
في عبد كبير في يد رجل فاقر انه عبد لاخر فصاحب اليد يدعيه فالقول قول صاحب اليد
دون العبد وذلك لان الكبير في يد نفسه ولا يثبت عليه اليد في الظاهر لانه يعبر
عن نفسه فان قال انا حر فالقول قوله وان اعترف بالرق فقد اقر انه لا يد له على
نفسه وانه مما يثبت عليه اليد فصار في يد من هو في يديه ولا يقبل قوله في ازالة
وصار بمنزلة الصغير الذي ثبت عليه اليد وقالوا في الصغير اذا كان في يد رجل
فادعى انه عبده ثم كبر فادعى انه حر لم يقبل قوله لانا قد حكمنا بثبوت اليد عليه فلا
يقبل قوله في ازالتها وان لم يدع صاحب اليد في حال الصغر انه عبده حتى كبر ثم ادعى
انه عبده وقال الغلام انا حر فالقول قول الغلام لانه لما تقدم الدعوى لم يحكم
بالرق وقد صار بعد البلوغ في يد نفسه فكان المرجع الى قوله وقد قالوا
اذا شهد الشهود ان فلانا مات وهذه الدار في يده فان اقضي بها

للورثة وان قالوا مات وهو فيها لم اقض بها وجملة ذلك انهم اذا شهدوا بيد الميت
عند الموت كانت سواء لان الموت جهة لنقل الملك وكل شيء في يده ينتقل الى ورثته
الا ان يستحق عليه ولان الاملاك لا طريق الى اثباتها الا بظاهر اليد والتصرف
واذا شهدوا باليد مع جهة الانتقال صار كانهم شهدوا بالملك وعلى هذا ايضا
اذا شهدوا ان هذا الشيء كان في يد فلان الى ان باعه وسلمه انها شهادة بالملك
لما شهدوا باليد السلكي مع جهة الانتقال وكذلك لو شهدوا ان فلانا مات وهو
راكب هذه الدابة لان الركوب تصرف ويد بدليل ان من ركب دابة غيره وصار
غاصبا وليس كذلك اذا شهدوا انه مات فيها لان كون الانسان في دار وموته
فيها ليس بيد ولا تصرف بدليل ان من دخل دار غيره بغير اذنه وجلس فيها
لم يكن غاصبا عند من يقول ان العقار يضمن بالغصب ولم يشهدوا له بملك
ولا يد ولا تصرف فلا يستحقها الورثة فصل وقد قال اصحابنا
في حايط بين دارين ادعاه كل واحد من صاحبي الدارين انه له وان كان لاحدهما
عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع والاصل في ذلك ان يد كل واحد منهما من صاحبي الدار
على الحايط ثابتة من طريق الحكم بدليل انه مستظل به وان كان كذلك جاز ان يرجح
احدى اليدين على الاخرى بالعلامة كما ذكرناه في متاع البيت وقد قال الشافعي هما
سواء لنا انهما تنازعا في الحايط ولاحدهما عليه ما يثبته الحايط فوجب ان يكون
اولى من له مجرد الاستظلال اصله اذا كان لاحدهما عليه ازج ولا يلزم اذا كان
لاحدهما اتصال بالتربيع لانه له معنى زايد على الاستظلال ولا يلزم الهرادي لان الحايط
لا يبنى له فان قيل معنى حادث في الحايط بعد بنايه فوجب ان لا يقترن به دعوى احدهما

رجل في يده دار ادعى خارج انها له واقام بينة انها له منذ سنتين واقام صاحب اليد البينة
انها في يده منذ ثلث سنين روى ابو يوسف عن ابي حنيفة انها لصاحب اليد وذكر في الاصل
انها للخارج وهو الصحيح ووجهه ان البينة على اليد لا يعارض البينة على الملك لان ذلك
ان اليد يجوز ان يكون يد ملك ويجوز ان يكون لغيرها ولهذا لو لم يذكر التاريخ كان للملك
المطلق اولى باتفاق وجه الرواية الاخرى ان صاحب اليد اثبت لنفسه اليد في زمان لم ينازعه
المدعي فيه فاثبت لنفسه بذلك حقا والمدعي اقام بينة على حد وثه ملك بعد ذلك
لا من جهة صاحب اليد ولا من جهة مستحق عليه فلا يقبل بينته فصل
دار في يد رجل ادعاها رجل وجحد صاحب اليد ذلك واقام المدعي البينة انها كانت
في يده امس لم يقض بهذه البينة وحكى الشيخ ابو بكر الرازي عن ابي يوسف انه يقضي
بها ويدفع الدار الى المدعي وجه قولهم ان المشهور ان يد المدعي زايلة في الحال من طريق
المشاهدة ويد المدعى عليه مشاهدة في الحال فلو قبلنا بينة المدعي لاستصحب اليد
من طريق الاستدلال ولا يجوز دفع مشاهدة يده بطريق الاستدلال كما لو
قالت الشهود كانت في يده امس وليست في يده الان ولو قالوا ذلك لم يقبل
شهادتهم فعلمنا بذلك اولى وعلى هذا قال اصحابنا لو شهدوا انها كانت
لابيه لم يقبل لانهم شهدوا بملك كان قد علمنا زواله فلم يمكن استصحابه مع
مع وجود ما ينافيه ولا يلزم اذا اقر صاحب اليد انها كانت في يد المدعي امس او
قامت البينة على اقراره بذلك لان الاقرار يثبت حكمه بنفسه ويلزم المقر مع وجود
ما ينافيه في الحال لا يمنع من لزومه وليس كذلك الشهادة لانه لا يتعلق لها الاستحقاق
الا بحكم الحاكم والحاكم لا يجوز ان يستصحب اليد مع وجود ما ينافيها وجه قول ابي

يوسف ان اليد سبب الاستحقاق كالملك فاذا جازت الشهادة بملك كان فكذلك يجوز بيد كانت
الجواب ان الملك المتقدم لا يعلم زواله فجاز استصحابه واليد قد علمنا زوالها في
الحال فلم يجز استصحابها مع وجود ما ينافيها وصار نظير الشهادة باليد الشهادة
بملك كان للميت وقد قالوا لو اقام الخارج البينة انها كانت في يده امس اخذها ٥
منه هذا الغاصب اياها او اجره او وصلت اليه من يده حكم بها للخارج لانهم شهدوا
بيد كانت من جهة زوالها فوجب ان نحكم باعادتها لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت
حتى ترده ونظير هذا اذا شهدوا ان هذه الدار كانت في يد فلان الى ان مات فانه يقضي
بها لورثته لانها شهدوا بالملك مع جهة زوالها وانتقال الملك منها وقد ذكر محمد
في كتاب الدعوى في رجلين تنازعا دارا كل واحد منهما يدعي انها له في يده قال على كل
واحد منهما البينة وعلى كل واحد منهما اليمين لان كل واحد منهما معترف بوجوب الخصومة
عليه لما ادعاه ان الدار في يده فان اقام احدهما بينة انها في يده ثبتت له اليد وصار هو
المدعا عليه وان قامت البينة لكل واحد منهما ببينة انها في يده جعل القاضي الدار
في ايديهما لانهما تساويا في اثبات اليد وقد قال اصحابنا ان المدعي اذا
قال هذه الدار ملكي ولم يسمع دعواه لان اقراره لا يحوزه على الخصم اذا كان ملكه في يده
فعلى هذا في مسألة كتاب الدعوى الخصم قد اعترف انها في يده فجاز ان يسمع بينته
عليه لاعترافه بلزوم الخصومة له وقد حكى الخصاف عن اصحابنا ان رجلا
لو ادعى ان الدار التي حدها كذا في يد هذا وانها له واقام البينة انها لا يقبل حتى
يشهدوا ان الدار في يده ثم يقيم المدعي البينة انها له لانه لا يؤمن ان يتفقا على دار
في يد غيرهما فيسمع البينة من غير خصم فعلى هذا يجب ان لا يسمع البينة في مسألة

ومتعلق بطاقاتها وجه الرواية الاخرى ان الاتصال يجعل الجميع كحايط واحد وقد
حكمنا ببعضه لصاحب الدار فاستحق باقيه وكان الشيخ ابو عبد الله يقول هذه الرواية
هو الصحيح فان كان لاحدهما اتصال تربيع وهو ان يكون الحايط مداخلا لجانبيه لحايط
على الصانع فيصير الجميع بناء واحد وهو كالقبة والازج فاذا حكمنا له ببعضه حكمنا
له بجميعه فيكون اولى من صاحب الاجذاع واذا ثبت ان اتصال التربيع يستحق به
الحايط تركت الجذوع على حالها لما بينا ان الصاحب التربيع استحق الحايط
بالظاهر فلا يجوز ان يستحق بذلك يد صاحب الجذوع وليس تمنع ان يكون الحايط
في الاصل لاحدهما وللاخر عليه حق الوضع وعلى هذا قالوا في السفل والعلو اذا
ادعى صاحب السفل العلو وصاحب العلو السفل ان السفل هو لمن في يده ولصاحب العلو
حق الوضع على حاله لا يزول يده عنه بالظاهر ولا يشبه هذا حايط بين الدارين
لاحدهما عليه اجذوع واقام الاخر البينة انه له فيقضي القاضي ببينته انه يامر
الاخر بدفع الجذوع ولان الملك استحق بالبينة لا بالظاهر والبينة يجوز ان يستحق
بها يد الغير ولو كان لاحدهما عليه سترة او بناء فهو لصاحب السترة والبناء لانه
حمل مقصود فاشبه البعير اذا كان لاحدهما عليه حمل ولو كان لاحدهما عليه
بواري او حرادي لم يستحق بها شيئا لانه ليس بحمل مقصود الا ترى ان الحايط يبنى لذلك
فهو بمنزلة لو تنازعا دابة ولاحدهما عليها اداوة او مخلاة لانه لا يترجح بذلك وكذلك
كذلك هذا واذا كان الخص بين دارين فادعاه كل واحد منهما والقمط قصبه الى احدهما
فهو بينهما نصفين عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو لمن بنا اليه القمط وهو نقش
الخص

والشي لا يجعل دليلا على نفسه لان صاحب الملك قد يجعل القمط الى جاره ليكون الوجه
المستوي اليه لنظيفه او لجصصه واذا كان ذلك لم يقع له ترجيح وجه قولهما ان رجلين
تنازعا في خص فانفذ النبي عليه السلام حذيفة بن اليمان فقضى بالخص لمن اليه القمط وذكر
ذلك للنبي عليه السلام فوضه الجواب انه يحتمل ان الدفع له بسبب اخر وذكر القمط على وجه التعريف
كما يقال قضى لصاحب الطيلسان فلا يدل ان القضى وقع لاجله وكذلك ايضا قال ابو حنيفة
اذا كان وجه البنا واتصال اللبن والطاقات الى احدهما لم يحكم به عند ابي حنيفة لما
ذكرناه وعندهما يترجح بذلك اعتبارا بالعادة وهو ان الانسان يجعل وجه البنا الى
صاحب الملك وذلك الطاقات فترجح به فصل اذا اختلف صاحب العلو وصاحب
السفل في السقف فهو لصاحب السفل وقال الشافعي هو بينهما لنا انهما تنازعا
محمولا على ملك احدهما وكان اولى به اذا لم يكن مع الاخر ترجيح كما لو اختلفا في متاع
محمول على بعير احدهما ولا يلزم اذا كان احدهما راكب فوق المتاع لان معه ترجيح
ولا يلزم بنا العلو لان صاحب السفل اذا ادعاه كان له وانما وضع المسألة على انه يبلغه
لصاحب العلو فان قيل ان تاخر بين ملكيهما غير متصل ببنا احدهما اتصال البنيان فوجب
ان يكون في ايديهما اصله الحايط بين الدارين قيل له جذوع السقف مداخله لبنا
صاحب السفل مداخلة سابقة لبنا العلو فهو كاتصال الحايط ببنا احدهما فاما الحا
يط بين الدارين فليس يبنى على ملك احدهما وفي مسألتنا الجذوع على بنا احدهما فوجب
ان السقف للحايط ان يكون مبنيا على عرضه احدهما وقد قال ابو حنيفة ليس
لصاحب العلو ان يبني على علوه شيئا ولا يضع عليه جذوعا لم يكن وليس لصاحب
السفل ايضا ان يهدم السفل ولا ان يفتح فيه كوة ولا بابا ولا يدخل فيه جذوعا

كالتخصيص والتزويق قيل له هذا ابيح لان التوجيه ابدا يقع في الاملاك بمعنى
حادث الانتوي انا نوجه في دار السكنى وفي مدرج الدابة المحمل وكل هذه المعاني حادثة
والشافعي يرجح بالازج وهو مثل الخشب لان الحايط اذا لا يبني ثم يعمل الازج من حد
التعويج كما يبنا الحايط الذي لم يوضع عليه الخشب ثم يتمم البنا بعد وضعه
واما التخصيص فهو معنى لا يبنى لحايط لاصله فلم يقع به الترجيح والمنتسب له
الحايط في الغالب فالظاهر ان صاحبه هو الذي بناه فيترجح به فان كان لهما جميعا عليه
جذوع فهو بينهما نصفان و سوا كثرت الجذوع احدهما او قلت بعد ان يكون لاحد
هما ثلثة جذوع فكذلك لانهما استويا في كون الحمل لهما على الحايط فلا معتبر بالزيادة
اذا كان لكل واحد منهما حمل مقصود كالوتنازعا في بعير ولاحدهما عليه ماية رطل
وللاخر خمسون انهما جميعا سوا وكذلك هذا فان كان لاحدهما جذع واحد او اثنا
ن وللاخر ثلثة فهو لصاحب الثلثة ولصاحب ما دون الثلثة موضع جذعه والحايط
للاخر وهو رواية اصحاب الاملا عن ابي حنيفة وابي يوسف وذكر في ... ان الحايط
كله لصاحب الخشب الكثير ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبته يعني حق
الوضع وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما تحت خشبته والقياس ان
يكون بينهما نصفين ووجهه ان وضع الخشبة تصرف فهو بذلك في ايديهما فلا
معتبر بالقلة والكثرة كثوب يتنازعه نفسان احدهما ممسك بطرفه ... الاكثر
ناكثر وانما تركوا القياس لان وضع الخشب اذا استحق به الحايط استحق صاحب
القليل بقدر خشبته وصاحب الكثير بقدر خشبته لثبوت يد لكل واحد منهما في
ذلك القدر الذي وضع على وجه رواية كتاب الاقرار ان الخشب الكثير حمل مقصود ولان

الحايط يبنى له والخشبة الواحدة ليس بحمل مقصود فصار كبعير تنازعه رجلان
لاحدهما عليه حمل وللاخر اداوة الا ان على هذه الرواية الاخرى يترك خشبة
الاخر على حالها لان صاحب الخشب الكثير استحق الحايط بالظاهر والظاهر لا يستحق
به حق على الغير فلم يجبر ان يزيل يده ويفارق ذلك الاداوة لان وضع الاداوة لا يجوز
ان استحق في ملك الغير وانما يستحق في جهة مالكه استحقاقا موقتا فاذا لم
يثبت الاستحقاق امر بالازالة والخشبة الواحدة يجوز ان يستحق وضعها
على التابيد في اصل ملك الحايط اذا اشترط ذلك في اصل القسمة فلم يومر بالازالة
وقد اختلف اصحابنا المتاخرون على الرواية التي يقول فيها لكل واحد ما تحت خشبته
ما حكم ما بين الخشب وقال بعضهم هو بينهما نصفان لانه لا يد لاحد فيه فلم يكن احدهما
اولى من الاخر كرجلين تنازعا دارا في يد احدهما بيتا منها وفي يد الاخر بيتان والباقي
بينهما نصفان كذلك ما بين الخشب • ومنهم من قال يكون ذلك بينهما على قدر خشب
كل واحد منهما لان صاحب الخشب الكثير مستعمل للحايط اكثر من استعمال الاخر
الا ترى ان الجذوع يتقوى على ما تحتها الى ما يليها فصار مستعمل لما يلي الجذوع
كما هو مستعمل لوضع الجذوع فلهذا كان بينهما على قدر الجذوع • واما اذا اختلفا
في الحايط ولاحدهما اتصال به من احد جانبيه وللاخر عليه جذوع والاتصال هو مدا
خلة اللبن بعضه في بعض فقد ذكر في كتاب الدعوى ان صاحب الجذوع اولى وذكر
الطحاوي ان صاحب الاتصال اولى وجه رواية الاولى ان الجذوع تصرف ظاهر والاتصال
من جانب يد وصاحب التصرف اولى من صاحب اليد كما لو تنازعا الدابة واحد راكبها و

لان صاحب العلو له حق الحمل في مقدار ما بعين ولا يجوز له الزيادة عليه اضر الحمل
او لم يضر كمن استاجر بعيرا ليحمل عليه قدرا معلوما وكذلك لا يجوز لصاحب السفل
التصرف فيه كما لا يجوز للموجر ان يتصرف في البهيمة ولان يخرجها وقال ابو
يوسف ومحمد كلما لا يضر بالسفل والعلو فهو جايز لان السفل ملك لصاحبه وانما
منع من التصرف لئلا يضر بحق غيره فما لا يضر به لا يمنع منه كالسكنى • واذا
انهدم العلو والسفل لم يجبر صاحب السفل على البنا عند اصحابنا ويقول لصاحب
العلو ابن السفل ان شيت وابن عليه علوك فان فعل ذلك فله ان يمنع صاحب
السفل من سكناه حتى يودي اليه قيمة البنا مبنيا وانما لم يجبر على البنا خلافا
لاحد قولي الشافعي لان السفل ملك لم يتفرد به فلا يجبر على عمارة ملكه لينتفع به غيره
ولا يشبه هذا اذا هدمه صاحب السفل لانه ابطل حق غيره بفعله فجاز ان يلزم
اعادته بمنزلة المولى اذا قتل عبده وعليه دين انه عليه قيمته واذا ثبت انه لا يجبر
على البنا قيل لصاحب العلو ان شيت فابن لانه لا له في بنا السفل منفعة فصار كمن
استاجر البعير اذا بذل ان يعلفه لم يكن لصاحبه منعه وانما قلنا يمنع صاحب
السفل من الانتفاع به لان العرصة وان كانت على ملكه فلصاحب العلو فيها مال قايم
وهو البنا فهو بمنزلة ثوب لرجل وقع في صبغ للاخر لم يكن لصاحب الثوب ان ينتفع
به حتى يودي قيمة الصبغ وقد قال الساقوني ان يسكن وليس له ان ينتفع بالبنا
واسا ما يرجع به قال في كتاب الدعوى يرجع بقيمة البنا قايما وقال الخصاف
يرجع بالنفقة وجه الرواية الاولى ان العرصة لصاحبها ولصاحب العلو فيها مال
قايم فلم يجز له الانتفاع به حتى يودي قيمته كالثوب الذي وقع في الصبغ رجل

انه يلزمه ما زاد فيه من الصبغ كذلك هذا ووجه الرواية الاخرى ان صاحب العلو ماذون
في الانفاق من طريق الحكم فوجب ان يرجع بما انفق كالاب والوصي اذا انفقا على
ملك الصغير وعلى هذا الحايط بين الدارين اذا سقط لم يجبر واحد منهما على بنايه
لان التخلص من ضرر الشركة يمكن بالتراضي بالقسمة فان كان على احدهما جذوع
واراد الاخر قسمة عرصته لم يجبر على ذلك لان حق صاحب الجذوع قد تعلق
بجميع العرصة فلو قسم ذلك لسقط حقه عن بعضها فان طلب صاحب الجذوع
القسمة جاز لانا لم نقسم لحقه فاذا رضي باسقاط حقه جاز فان هدم الحايط
احدهما كلف اعادته لانه متعدي في ذلك فان سقط بنفسه ولاحدهما عليه خشب
وله ان يبني ويمنع الاخر من الانتفاع به حتى يسلم نصف قيمته كما ذكرنا في السفل
والعلو **فصل** اذا كان لرجل باب من داره في دار رجل فاراد ان يمر في دار
الرجل من ذلك الباب فلصاحب الدار منعه الا ان ياتي بشاهدين يشهدا انه طريق له ثابت
فيها وذلك لانه يدعي حقا في ملك غيره فلا يقبل قوله الا ببينة فان اقام البينة على ذلك
قضي له فان شهد الشهود انه كان يمر فيها من هذا الباب لم يستحق بهذه
الشهادة شي لان هذه شهادة بيد كانت وذلك لا يتعلق به استحقاق واذا
شهدوا ان الطريق ثابت فلا بد ان يبينوا موضع الطريق من الدار ومقداره •
ومن اصحابنا من قال الشهادة مقبولة وان لم يبينوا ذلك لان الجهالة لا تمنع
في الشهادة لانه لا يمكن الحكم فاذا امكن الحكم بها لم يوثر الجهالة والطريق موضعه
معلوم وهو بين البابين ومقداره عرض الباب فصار معلوما وان لم يبينوه •
وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فله منعه من تسييل الماء فيه حتى يقيم البينة

ان له في هذه الدار مسيل ما حق لما بينا ان من ادعي حقا في ملك غيره لا يثبت الا ببينه
ولا يثبت بمجرد دعواه ولان الميزاب في ملك نفسه لا يستحق به حقا علي غيره وقد
ذكر ابو الليث عن بعض شيوخنا المتاخرون من الخراسانيين انهم قالوا
نستحسن في هذه المسله اذا كانت الميزاب قديما فكان تقويت الصطح الي دار
وعلي ان البيوت قديم ان يجعل له حق المسيل لان هذه علامه شاهده لدعواه
واقامه البينة علي ذلك يتعذر في العادة وقد ذكر محمد في كتاب الشرب في نهر
في ارض رجل ورجل اخر مسيل فيه الما فاختلفا في ذلك ان القول قول صاحب الما
لان الما اذا كان جاريا فهو يد في النهر والتصرف فالقول قول صاحب اليد ● ولهذا
في مسلة الميزاب فلا اختلاف فيه وليس في الميزاب ما فلا يد فيه للمدعي فلم يقبل
قوله فان اقام صاحب الميزاب ان له في الدار حق مسيل قبلت لانه اثبت حق له في ملك
غيره وهو يتعلق بالبقعه علي التابيد كملك البقعه فان شهدوا انهم راوه
يسيل فيه الما فليس شهادة بشي ولا يستحق بذلك شيا حتي يشهدوا ان له مسيل
ما فيها من هذا الميزاب وذلك لان الشهادة لمسيل كان كالشهادة بيد كانت
فلا يقبل فان شهدوا انه لما المطر فهو لما المطر خاصة وان شهدوا انه لما المطر
وغيره فهو كذلك وان لم ينسبوه الي شي بل شهدوا ان له مسيل فالقول في ذلك
رب الدار مع يمينه كان حق المسيل يختلف فيختص ببعض الاوقات تارة وبعمها
اخري وقد شهدوا بحق معلوم في نفسه لكنه مجهول الصفة فصار كما لو شهدوا
وانه غصب ثوبا ولم يبينوا صفته كان القول قول الغاصب في صفته كذا
في حق رب الدار ولو كان له في دار رجل ميزاب فاراد ان يجعله هناه اوكانت

له قناة فاراد ان يجعل ذلك ميزابا لم يكن له ذلك الا برضا صاحب الدار لانهما مختلفان في
الضرر لان القناة يطرح الما مع صدر الحايط والميزاب يطرح وسط
الدار والما لا ينقص من القناة وينقص من الميزاب ● وان كان له ميزاب فاراد
ان يجعله قناة احتاج الي حفر الحايط وهذا كله ضرر فلم يكن له فعله وقد حكي
عن الشيخ ابو الحسن انه قال ان تساويا في الضرر لم يمنع منه وليس له ان يجعل
ميزابا اطول مما كان ولا اعرض منه لان بطوله يطرح الما في غير البقعة التي كان
له طرحه فيها والزيادة في العرض يودي الي حمله من الما اكثر مما كان يستحق
ولو اراد ايضا ان يسيل ما سطح اخر في ذلك الميزاب لم يكن له لان حقه ثبت في مقدار
معلوم فليس له ان يضم له غيره وكذلك ليس لصاحب الدار ان يغير الميزاب عما هو
عليه لان حق له بصفة فلم يكن له تغييره عن تلك الصفة ● ولو اراد صاحب الدار
ان يبني في العرصه ما ويسيل ما الميزاب علي سطحه كان له ذلك لان له حق المسيل
فلا فرق بين ان تجري في العرصه او علي سطح وليس لصاحب الدار ان يبني في العرصه
ما يمنع صاحب الطريق بل يترك من ساحة الدار مقدار عرض الباب ويبني
في الباقي لان حق صاحب الطريق ثبت في مقدار عرض الباب وما سواه لا حق له
فيه فلم يمنع من التصرف فيه قال ش ● واذا اختلفا المتبايعان في البيع فا
دعا احدهما ثمنا وادعي البايع اكثر منه او اعترف البايع بقدر من المبيع وادعي
المشتري اكثر منه واقام احدهما البينة قضي بها وذلك لانها بينة لا يقابلها
الا الدعوي فكانت اولي من الدعوي قال ش فان اقام كل واحد البينة كانت البينة
المثبتة للزيادة اولي وكذلك اذا ادعي البايع اكثر مما يدعيه المشتري

من الثمن وادعي المشتري اكثر مما يقر به البايع من المبيع في حالة واحدة فالبينة
البايع في الثمن وبينة المشتري في قدر المبيع لان كل واحد من البينتين يثبت الزيا
دة والبينة المثبتة للزيادة اولي قال ش فان لم يكن لواحد منهما البينة
قيل للمشتري اما ان ترضي بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع وقيل
للبايع ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع وذلك لان الغرض
رفع الخلاف وقطع الخصومة ويمكن ذلك برضا احدهما بما ادعي علي الاخر عليه
ولكل واحد منهما قد لا يختار فسخ العقد مع وجود ما ذكرناه من الخلاف ويعود
الي الرضا اذا علم ان العقد يفسخ فيجب ان لا يعجل القاضي بالفسخ حتي يسال كل واحد
منهما عما يختاره فاذا وقع الرضا بالعقد من احدهما الخصومة قال ش
فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما علي دعوي صاحبه وهذا الذي
ذكره استحسان والقياس ينفي التحالف ووجه القياس انهما اتفقا ان المبيع
دخل في ملك المشتري وانما اختلفا في الثمن وهو دين في الذمة والاختلاف في
الدين لا يوجب التحالف ولانهما اتفقا علي انتقال الملك في المبيع واختلفا في قدر
الثمن فلو تحالفا لفسخ الملك في المبيع وذلك لا يجوز بالتحالف ما لم يختلفا فيه
كما لا يفسخ عقد اخر ووجه الاستحسان ما روي ابن مسعود ان النبي عليه السلام
قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا وقد ذكر
محمد في كتاب الدعوي قياسا اخر اذا قال البايع بعت بالفين وقال المشتري بالف
فالقياس ان يتحالفا ويكون بيعا بالف ووجه ذلك انهما اتفقا علي الالف واختلفا
في الزيادة تسقط ما تحالفا اختلفا فيه دون ما اتفقا عليه قال ش ●

يمين المشتري وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة رواه الحسن عنه في المجرد وذكر
في المنتقي رواية عن محمد عن ابي حنيفة انه يبدا بيمين البايع وكذلك ذكر ابو الحسن في جامعه
وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع فقال يبدا بيمين المشتري وجه الاولي ان اليمين
انما بطلت لفايدة النكول بدليل انه لا يستحلف فيما يستوي النكول ويكون المشتري
يجعل فايدة وهو تسليم الثمن ويكون البايع يتاخر فايدته لانه يقال له امسك المبيع
حتي يستوفي الثمن فكان تقديم ما يتعجل فايدته بالنكول اولي ولهذا قلنا ان عقد البيع
متي وقع عينا بعين او ثمنا بثمن ان القاضي يبدا بايهما شا لما تساويا في فايدة النكول
وجه الرواية الاخري قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البايع فخص
بالذكر واقل فوايده التخصيص وهو التقديم وقد قال ش اصحاب الشافعي في المسلة ثلثة
اقوال احدها يبدا بيمين البايع والثاني بيمين المشتري والثالث الحاكم بالخيار ●
ومنهم من قال يبدا بيمين البايع بكل حال وهذا لا يصح لانه عقد فيه عوض فالبداية
بالحلف لمن في ذمته البدل كالنكاح والظاهر قوله عليه السلام واليمين علي من انكر فان
احتج بقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع قيل له انما خص
البايع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا يشكل لقوله عليه السلام واليمين علي من انكر
فسكت عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه ● واما صفة المبيع فيحلف
البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وذكر في الز
يادات ان البايع يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله
ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف والصحيح الاقتصار علي النفي لان الايمان علي
ذلك وضعت ووجه ما ذكره في الزيادات ان الاثبات يذكر علي طريق التاكيد للنفي

ولا يمنع مثل ذلك الا ترى ان البينات وضعت على الاثبات ويجوز ان يؤكد بالنفي اذا شهد وا ان فلانا مات وهذا وارثه لا نعلم له وارث غيره كذلك هذا قال ش واذا اختلفا فسخ القاضي بينهما وهذا الذي ذكره يدل على ان العقد لا ينفسخ بالتحالف حتى يفسخه الحاكم وهو صحيح لان التحالف يسقط به ما يدعيه كل واحد منهما من البدل واذا سقط ذلك فسد العقد لعدم البدل فيه والبيع الفاسد لا بد للقاضي من فسخه قال ش وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لما بينا ان النكول في معنى البذل وبذل الاعواض يصح من طريق الحكم فجاز الحكم فيها بالنكول قال ش وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفا بعض الثمن فلا تحالف والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه وقال الشافعي اذا اختلفا في شرط الاجل او الخيار او في مدة مقداره تحالفا لانه اختلاف في غير المعقود عليه فصار كالاختلاف في الحط والبرا ولانها مدة ملحقة بالعقد فلا خلاف فيها لا يوجب التحالف كما لو اختلفا في محل الاجل فان قيل قال النبي عم اذا اختلف المتبايعان تحالفا قيل له هذا محمول على الاختلاف في البدل لانا اجمعنا انهما لو اختلفا في دخول زيد الدار لم يجب التحالف وانما المراد اختلافهما في معنى مخصوص فوقف ذلك على الدليل فان قيل الاجل صفة في الثمن وصفة العوض اذا اختلفا فيها جاز ان يتحالفا كالصحاح والغلة قيل له الاجل ليس بصفة الثمن بدليل ان الاجل يمضي والثمن موجود مستحق لا بهذه الصفة واما الصحاح فهي صفة بدليل ان الثمن لا يوجد مع انتقالها عنه تحالف قال ش فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفه وابي يوسف وجعل القول قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ

البيع على قيمة الهالك وبه قال الشافعي وجه قولهما ما روي القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود ان النبي عم قال اذا اختلف البايعان فالقول ما قال البايع فاذا استهلك فالقول ما قاله المشتري وهذا نص ولانه نوع فسخ فلم يصح بعد هلاك ما يعين بالعقد في ضمان المشتري كالاقاله ولا يلزم اذا باع عبدا بالجارية فهلك احد العوضين ثم اختلفا لانا قلنا بعد هلاك ما يعين وهاهنا الفسخ بعد هلاك من ما تعين بالعقد فان قيل روى ابن مسعود ان النبي عم قال اذا اختلف البايعان فالقول قول البايع والمبتاع بالخيار ولم يفصل قيل له روي هذا الخبر هو راوي خبرنا وفي خبرنا زيادة وهو قوله وان كانت هالكة فالقول المشتري فالزايد اولى فان قيل اتفقا ان السلعة كانت للبايع وانها انتقلت منه الى المشتري ومتى اختلفا في صفة الانتقال كان القول قول المالك في صفة الانتقال كما لو قال المالك غصبتك وقال القابض وهبت لي فالقول قول المالك قيل له في مسلتنا اتفقا على العقد انه عقد بيع ووقع الاختلاف في البدل فاذا لم يظهر زيادة الثمن بالبينة بقي البيع باقل الثمنين وان لم يرض به وجب الرد وذلك لا يمكن في الهالك فاما البيع والهبة فالاختلاف في جنس العقد لكل واحد منهما الحلف على عقد غير العقد الذي حلف الاخر عليه فاذا احلفا لم يظهر واحد من العقدين فبقيت العين في يده بالغة من ملك غيره فيجب قيمتها من غير فسخ وفي مسلتنا اتفقا على البيع فاذا لم يثبت الزيادة احتجنا الى فسخ عقد ثابت باتفاقهما والفسخ ابتدا لا يقع في هالك وجه قول محمد انه اختلاف في المعقود عليه فاشبه حال بقا السلعة قال ش فان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا

عند ابي حنيفة الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك وقال ابو يوسف يتحالفان ويفسخ البيع في الحي وقيمة الهالك وهو قول محمد وجه قول ابي حنيفه ان المعنى المانع من التحالف اذا هلك جميع المبيع ان الفسخ يقع على القيمة التي لم يقع عليها العقد وهو موجود اذا هلك بعضه وليس كذلك اذا رضي البايع بترك حصة الهالك لانه يسقط من العقد وصار كان لم يكن فكان العقد لم يقع الا على الباقي وجه قول ابي يوسف ان التحالف لا سبب للفسخ كالاقالة ومعلوم ان الاقالة جايز مع هلاك المبيع وكذلك التحالف واما محمد في اصله جواز التحالف مع هلاك جميع المبيع فمع هلاك بعضه اولى قال ش واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه اثبت بينته الدعوى فكانت اولى منها قال ش وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة وذلك لان بينتها تثبت الزيادة فكانت اولى قال ش وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة ولم يفسخ النكاح وهذا ايضا قول محمد وقال ابو يوسف القول قول الزوج ما لم يات بشي مستنكر وجه قول ابي حنيفة ومحمد انه عقد يتناول المنافع فاذا اختلفا في بدله مع بقا العقد لم يجعل القول قول المستحق عليه بالاجارة ولان الاختلاف في التسمية يسقط حكمها اذا تحالفا ومتى كان في التحالف فايدة مع بقا العقد تحالفا كالبيع ولا يلزم العتق على مال والصلح من دم العمد على مال لانه لا فايدة في التحالف هناك الا ترى ان التحالف يسقط التسميتين فيبقا المعقود عليه لا قيمة له فيسقط البدل اصلا وليس كذلك النكاح لان سقوط التسميتين فيه لا يودي الى سقوط البدل راسا لان مهر المثل يجب بالعقد وان لم يسمه ولا يلزم الكتابة

الكتابة لانه اذا سقطت التسمية لم يكن الرجوع الى بدل لان القيمة لا تجب بالعقد وجه قول ابي يوسف ان النكاح بمنزلة السلعة المستهلكة بدليل انه لا ينفسخ العقد فيه بالتحالف واذا كان كذلك وجب ان نجعل القول قول المستحق عليه وهذا لا يصح لان البضع بمنزلة السلعة القايمة بدليل جواز الخلع عليه وقوله ما لم يات بشي مستنكر قيل في تفسيره هو ان يذكر ما لا يتزوج مثل ذلك المراة وقيل ان يذكر اقل من عشرة دراهم واذا ثبت عند ابي حنيفه انه يتحالف ولا يفسخ العقد قال ش ونحكم بمهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضي بما ادعته المراة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة قضي لها بمهر المثل وذلك لان كل واحد من البدلين سقط بيمين الاخر عليه فبقي موجب العقد وهو مهر المثل فكل من تشهد له الظاهر قبل قوله فان كان مهر المثل مثل ما يدعيه المراة او اكثر فالقول قولها لانها رضيت باسقاط الزيادة وان كان مثل ما قال الزوج او اقل فقد رضي ببذل الزيادة فكان الظاهر يشهد له وان كان مهر المثل بين ذلك فالظاهر لا يشهد لواحد منهما فيسقط قولهما ووجب القضا بالظاهر فان قال الزوج تزوجتها على هذا العبد وقالت على هذه الجارية فهو كالمسلة المتقدمة الا في فصل واحد وهو اذا كان قيمة الجارية مثل مهر المثل فيكون لها قيمة الجارية لان تمليك الجارية لا يمكن الا باتفاقهما حتى لم يتفقا على ذلك فوجب القضا بالقيمة قال ش واذا اختلفا في الاجارة قبل استيفا المعقود عليه تحالفا وترادا وذلك لانه عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع فجاز ان يثبت التحالف فيه كالبيع فان قيل التحالف يثبت على وجه الاستحسان فكيف يقيسون عليه قيل له خبر التحالف اقتضا فروعا

من الاجارة وهو من باع عينا بمنفعة فاذا ثبت التحالف بذكر الجنس في نوع ثبت في كل
نوع لان احد الامرين لا ينفصل بينهما قال ش وان اختلفا بعد الاستيفا لم يتحالفا
وكان القول قول المستاجر وذلك لان التحالف يثبت لاجل الفسخ والمانع ابنا
استوفاها لا يمكن فسخ العقد فيها فلم يثبت التحالف وهذا ظاهر قول ابي حنيفة
وابي يوسف لان التحالف لا يثبت في المبيع الهالك فاما محمد فاثبت التحالف هنا كو
ولم يثبت هاهنا لان المبيع اذا فسخ بالتحالف بقيت العين متقومة بنفسها في يد
المشتري فيقضي عليه بقيمتها واذا فسخت الاجارة بالتحالف ثبتت المنافع مستو
بغير عقد فلا يتقوم فكان في اثبات التحالف اسقاط عوضها فكان الرجوع الى قول
المستاجر اولى وانما رجعنا الى قول المستاجر لانه هو المستحق عليه ومتى وقع
الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه قال ش وان اختلفا
بعد استيفا بعض المعقود عليه تحالفا فسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي
قول المستاجر وذلك لان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه عقدا مبتدا
فصار ما بقي في المدة كالمنفرد بالعقد فيتحالفان فيه ولا يشبه هذا هلاك بعض المبيع
لان عند ابي حنيفة كل جزء منه ليس بمعقود عليه عقدا مبتدا وانما الجملة مملوكة
بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في بعضه سقط فيما بقي وانما جعلنا القول قول المستا
جر فيما مضى لانه المستحق عليه قال ش واذا اختلف المولى والمكاتب في مال
الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يتحالفان ويفسخ الكتابة
وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة انه عقد على العتق بعوض فلا يثبت فيه
التحالف كالعتق على مال وجه قولهما انه عقد بعوض يلحقه الفسخ فصار كالبيع

قال ش واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل وما
يصلح للنسا فهو للمراة وما يصلح لهما فهو للرجل فان مات احدهما واختلف ورثته
مع الاخر فما يصلح للرجال والنسا للباقي منهما وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما
يجهز به مثلها والباقي للزوج وقد قال محمد ما يصلح لهما فهو للزوج حال حيوته و
لورثته من بعده وروي محمد عن زفر ان ما يصلح لهما بينهما نصفان وروي الحسن عنه
ان جميع ما في البيت بينهما الا ما كان في ايديهما مشاهدة وبه قال الشافعي وجه قول ابي
حنيفة ان كل واحد منهما له يد في الدار من طريق الحكم بدليل انه لو نازع احدهما اجنبي
في متاع البيت كان هو اولى به من الاجنبي واليدان من طريق الحكم يجوز ان يترجح
بالظهور والقوة كاليدين من طريق المشاهدة مثل الساكن والمتعلق بالحلقه
والراكب والمتعلق باللجام واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة ان الرجل هو يتخذ السيف
والرمح والعمامة وكانت يده في ذلك اظهر وكان اولى به وكذلك ما يتخذه للمراة فاما
ما يصلح لهما فيد الرجل فيه اظهر لان المراة تحت يده ولهذا يمنعها من الخروج ولا ولاية
لها عليه وكانت يده اقوى وجه ما روي محمد عن زفر انهما تساويا في اليد وكان بينهما
كما لو كان في يديهما مشاهدة قيل له لا نسلم انهما تساويا في اليد وهو موضع الخلاف
والمعنى في الاصل ان يد احدهما ليس باظهر من يد الاخر وقد سلمنا يد احدهما
اظهر على ما بيناه جاز ان يترجح على الاخرى فان قيل اليد لا يترجح احديهما على الاخرى
بالعلامة اصله العطار والاسكاف اذا تنازعا في المسك او في قالب الخف قيل له الحال
اما ان يكون في يديهما من طريق المشاهدة مثل ان يكون ايديهما بحاربانه فان هاهنا
لا يرجح بالعلامة لان اليدين من طريق المشاهدة امر مقطوع به والعلامة معنى

المظنون فلا يرجح المقطوع به بالمظنون كالنص لا يرجح بالقياس فان كان في ايديهما من
طريق الحكم مثل ان يكونا ساكنين في دار او بيت فتنازعا ذلك فانه يرجح يد كل واحد منهما
بالعلامة ويكون للعطار المسك والقالب للاسكاف والموسى للحجام وجه قول ابي يوسف ان
ما يجهز به المراة الظاهر انه لها ولا ظاهر فيما سواه فلم يستحقه وهذا لا يصح لان جهاز
النسا مختلف مجهول فلم يمكن الرجوع اليه واما الكلام على محمد فلان يد الحي اظهر من
يد الميت واليدان من طريق الحكم اذا اجتمعا فالاظهر اولى ولان يد الميت قد زالت
ولم يتجدد يد الوارث بدليل انه لو هلك شي من التركة واستحقه مستحق لم يضمن
الورثة فدل ذلك على عدم ثبوت اليد وكان من له يد اولى وجه قول محمد ان كلما
يستحقه الانسان حال حيوته كان لورثته بعده كساير الاملاك قال ش واذا
باع الرجل جارية فجاءت بولد فادعاه البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من
يوم باع فهو ابن البايع وامه ام ولد له ويفسخ البيع فيه ويرد الثمن وجملة ما
يقال في هذا ان الدعوة على ضربين دعوة الاستيلاد وهو هذه وصفتها ان يكون
ابتدا العلوق في ملك المدعي والدليل على جوازها ان ابتدا العلوق اذا كان عند
البايع استندت دعوته الى العلوق فصار ذلك شاهدا على دعواه فكانه ادعى
ثم باع والحكم الذي يتعلق بدعوة الاستيلاد انها تبين له الحق فيما يوثر في ابطال
حق الغير والدليل على ذلك ما قالوه في الجارية المشتركة اذا علقت في ملك
احد الشريكين فادعاه احدهما ضمن نصف قيمتها لشريكه ولم يضمن من قيمة
الولد شيا ولو كان ابتدا العلوق قبل ملكها ضمن نصف قيمتها ونصف قيمة
ولدها فدل على ان دعوة الاستيلاد قد اثرت في اسقاط حق الشريك من نصف

الولد فكذلك يوثر هاهنا في اسقاط حق المشتري واستحقاق ملكه واذا صحت الدعوة ثبت
النسب والاستيلاد وصار كان باع ام ولده فيفسخ البيع فيها ويرد الثمن لان سلا
مة الثمن موقوف على سلامة المبيع قال ش وان ادعاه المشتري مع دعوة
البايع او بعده فدعوة البايع اولى لان دعوة البايع يستند الى امر سابق وهو
العلوق ودعوة المشتري لا يستند فاذا تساويا في الدعوة كانت دعوة البايع
اولى لتقدمها في المعنى هو سبق الدعوة واما اذا ادعاه المشتري ولم يدعيه البايع
فانه يثبت منه بالملك لان دعوة المشتري دعوة ملك وصفتها ان لا يكون العلوق في
ملكه وهذا ضرب اخر من الدعوة وحكمها ان يكون بمنزلة العتق الموقع وكل
موضع نفذ العتق نفذت الدعوة اذا لم يمنع منها مانع وانما اعتبرنا دعوة الملك
بالعتق لانها يتضمن الحرية فلا تستند الى امر سابق فصار كايقاع الحرية فان
ادعاه البايع الولد بعد دعوة المشتري لم يقبل دعوته وكان ابن المشتري وهو
معنى لا يلحقه الفسخ ودعوة الاستيلاد لا يقبل اذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ
الا ببينة وما في معناها قال ش فان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لم يقبل دعوة
البايع فيه الا ان يصدقه المشتري وذلك لان دعوة البايع هاهنا دعوة ملك لان العلوق
لا يعلم انه كان في ملكه وقد بينا ان دعوة الملك بمنزلة ايقاع العتق فاذا لم ينفذ عتقه
في هذه الحال لم ينفذ دعوته فان صدقه المشتري قبلت دعوته لان النسب يجوز ان
يكون كما قال وانما لم يصدقه لحق المشتري فاذا صدقه فقد رضي باسقاط حقه فاذا
ادعاه المشتري بعد التصديق لم يقبل دعوته لان النسب قد ثبت من البايع وزوال
ملك المشتري فيه فلا يقبل قوله في ابطال نسب ثابت قال ش فان مات الولد فادعاه

البايع وقد جات به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد من الام وعلى هذا اذا اعتقه المشتري او دبره والاصل في ذلك انه متى حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ لا يجوز فسخ الملك فيه بالدعوة ولهذا المعنى قلنا ان دعوى الاستيلاد بمنزلة فيما يوثر فيما ابطال حق الغير ولم يجعلها صريح الحق كالبينة لانها لو كانت كذلك لبطل بها العتق ولم يجعلها ايضا بمنزلة الدعوة لانها لو كانت كذلك لم يستحق بها ملك المشتري ثم فاتوا الان يجعل واسطة بين الامرين فان كان الولد بحاله لم تحدث فيه ما لا يلحقه الفسخ قبلت دعوته وثبت النسب منه كما تقبل البينة وان حدث فيه ما يلحقه الفسخ لم ينفذ الدعوة كما يقبل البينة واذا مات الولد فقد تعذر اثبات النسب فيه لانه لا حقوق لا يثبت ابتداء للميت ولا عليه فلهذا لم يصح الدعوة واذا لم يثبت النسب كانت الام بحالها لان الاستيلاد فرع للنسب فاذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد

قال فان ماتت الام فادعاه الاب وقد جات به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البايع ورد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام واما ثبوت النسب فلان الولد بحاله لم يحدث فيه شي لا يلحقه الفسخ فصحت الدعوة فيه والام قد وجد فيها ما لا يلحقه الفسخ فلم تؤثر الدعوة فيها ولان النسب يجوز ان ينفرد عن الاستيلاد الدليل عليه ولد المغرور ولان الاستيلاد فرع والنسب اصل وتعذر الفرع لا يبطل الاصل وتعذر الاصل يمنع من ثبوت الفرع وانما يرجع بالثمن كله على قول ابي حنيفة لان الولد لم يتناوله العقد ولا تلف في يده فلم يلزمه في مقابلته شي واما الام ففي زعم البايع انها ام الولد ولا قيمة لام الولد عنده فلم يضمن باليد فلزمه ان يرد جميع الثمن

عند هما قيمة فلما قبضها المشتري فتلفت في يده وجب عليه ضمانها باليد فيرجع بحصة الولد خاصة من الثمن **قال** ومن ادعى احد التوامين ثبت نسبهما منه وذلك لانهما حمل واحد ولا ينفرد نسب بعضه عن بعض كالولد الواحد ويصير ثبوت النسب احد الولدين شاهدا على نسب الاخر والله اعلم

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي وذلك لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقال تعالى ولا تكتموا الشهادة الاية وانما اعتبر مطالبة المدعي لان حق له فوقف على طالبه كساير الحقوق **قال** والشهادة بالحدود تخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار والستر اولى وذلك لما روي ان النبي عليه السلام كان يلقن المقر بالسرقة الرجوع فيقول ما اخاله سرقه ولقن ماعز الرجوع وقال لعلك قبلت لعلك لمست وطرده مرة بعد مرة وروي عن عمر انه قال اطردوا المعترفين يعني بالزنا فدل ذلك على ان الامام مندوب الى درء قبل ثبوتها واذا ندب الامام الى ذلك كان اعتباره في حق الشاهد اولى وهذا يقتضي ان يكون الاولى للشاهد الستر على المسلم فان اختار اقامة الشهادة جاز وقد ترك الاولى وعن النبي عليه السلام انه قال للرجل الذي شهد عنده ولو سترته بثوبك لكان خيرا لك **قال** الا انه اذا شهد في السرقة بالمال فيقول اخذ ولا يقول سرق وهذا الذي ذكره صحيح لان الواجب في السرقة ضمان المال والقطع والامر في ذلك مراعا فان سقط القطع بشبهة وجب المال وان قطع السارق سقط عنه الضمان فاذا اختار الشاهد الستر لدري وجب ان يشهد بالمال الوجوب عند سقوط الحد

ولو لم يشهد باخذ المال سقط مع سقوط الحد وهذا لا يجوز ولكنه ان يشهد على وجه يثبت المال دون الحد وهو قوله اخذ فكان ذلك اولى **قال** والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فان لم ياتوا باربعة شهداء الاية ولقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة الاية **قال** ولا يقبل شهادة النساء وذلك لما روى الزهري قال مضت السنة من رسول الله والخليفتين من بعده ان لا يقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان شهادة النساء قائمة مقام شهادة الرجال وما سقط بالشبهة لا يثبت بما قام مقام الغير ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين ولا يقبل فيها شهادة النساء وذلك لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وهذا عام وانما لم يقبل فيها شهادة النساء لانه مما يسقط بالشبهة كحد الزنا ولحديث الزهري ايضا **قال** وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين سواء كان الحق مالا او غير مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية وقال الشافعي لا يقبل شهادة النساء في النكاح والخلع والطلاق والرجعة والتوكيل والوصية اليه والوديعة والعتق والنسب والكتابة والتدبير ويقبل في القروض والعقود وعقود المعاوضة والقراض والرهن والجناية التي توجب المال لنا قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وهو عام ثم قال فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وروي عطاء عن عمر بن الخطاب قال اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة رجل وامراتين في النكاح وهذا نص واما الرجعة فلا وضعت لمنع زوال الملك فصار كاسقاط الخيار في البيع واما الطلاق فلانه سبب

حرمة كالرضاع واما العتق فانه ازالة ملك فاشبه البيع ولان جميع ذلك مما لا يوثر فيه الشبهة فقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كعقد المعاوضات فان قيل ما لا يقصد به المال اذا لم يقبل فيه شهادة النساء منفردات فلا يقبل شهادتهن فيه مع الرجال اصله القصاص والحدود قيل له يبطل بالاجل والجارح اللعين في الامر انما يسقط بالشبهة فلا يقبل فيه شهادة النساء وفي مسلتنا بخلافه

قال ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة وقال الشافعي اربعة نسوة لنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة القابلة في الولادة وكذلك روي عن علي رضي الله عنه ولا مخالف له ولان ما يقبل فيه قول النساء منفردات يقبل فيه قول المراة واحدة اصله الاخبار عن رسول الله فان قيل شهادة تحق فاعتبر فيها العدد اصله ساير الشهادات قيل له المعنى في الاصل انه لما اعتبر فيه العدد لم يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد ولما قبل في مسلتنا شهادتهن على الانفراد لم يعتبر العدد كما قلنا في الاخبار **قال** ولا بد في ذلك كله من العدالة بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والفاسق ليس بمرضي ولقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا ولان الفاسق تقدم على ما هو محرم مع علمه بتحريمه فلا يومن ان يقدم على شهادة الزور فلم يقبل شهادته للتهمة **قال** ولفظ الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظ الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم يقبل شهادته وذلك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم فاعتبر لفظ الشهادة وقال تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا يسمى شهادة الا ان ياتي بلفظ الشهادة لان الاسم مشتق من الشهادة وقال النبي عليه السلام الهلال

اتبتهما باربعة يشهدون والاخر في ظهرك فاعتبر لفظ الشهادة قال ش رض
ابو حنيفه يقتصر الحاكم على عدالة المسلمين الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن
الشهود فان طعن الخصم فيهم سال عنهم وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسال في السر
والعلانيه وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفه ان النبي عليه السلام قبل شهادة الاعرابي على رؤية
الهلال ولم يسال عن عدالته في الباطن لما ظهر الاسلام لان الغالب ان الانسان يبلغ وهو
غير مرتكب المعصية فيحصل له عدالة الاسلام فوجب الحكم ببقائها ما لم يوجد ما ينافيها
ويبين ان من ثبت عدالته عند الحاكم بالسوال عنه نحكم ببقائها ولا يسال عنه في الثاني
لما ذكرناه كذلك ولان السلف الصالح لم يسالوا عن الشهود واول من سال عنهم
ابن شبرمة بن ذلك يقابل على اعتبار عدالة الاسلام وجه قولهما ان الشاهد يجوز
ان يكون عدلا في الباطن ويجوز ان يكون فاسقا فوجب اعتبار حالته ليامن الحكم
ممن لا يجوز الحكم بقوله لان العدالة معتبرة فوجب الكشف والبحث عنه ليعلم وجو
ده هذه الصفة الدليل على ذلك الشهادة بالحدود فكان ابو بكر الرازي يقول هذا الخلاف
في هذه المسلة بين اصحابنا لان ابا حنيفة اجاب في زمانه وكان الغالب على مشاهده
منهم العدالة وقد زكاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله خير القرون قرني الذي بعثت فيهم
ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب واجاب ابو يوسف ومحمد في زمان
قد تغير الناس وكثر الفساد فلو شاهد ذلك ابو حنيفة لقال بقولهما واما اذا طعن
الخصم في الشاهد فلا بد من السوال عنه لانه ادعى معنى حادث فصارت المسلة حتى انه
فوجب دعواه ولانه لم يكن له حقا قبل الدعوى بحضور مجلس الحكم والاستحلاف فان قيل
اذا وقعت عدالة الاسلام يجب ان لا يسال عنهم كما لا يسال عنهم بعد ما عدلهم القاضي

قوله في السر والعلانيه وقيل اختلاف في السر والعلانيه ... كان ... القرن الاول ... الصدر الاول ... زمانا ... القنيه

التزكيه العلانيه ... قد تغير ... قد قال ش محمد يجب على القاضي ان ينظر في عدالة الشهود
في شتة ابشهر هذا اذا كان التعديل مستفيضا فان كان قويا فلا معنى للمسلة واما
اعتبار العدالة عندهم في الحدود والقصاص على كل حال فلان الحدود قد اعتبر
فيها الاحتياط ما لم يعتبر في غيرها ولهذا لا يقبل شهادة النسا والشهادة
على الشهادة فجاز ان يوكد ايضا باعتبار عدالة الباطن فهو موضع اجماع ايضا
قال ش وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت بنفسه مثل البيع
والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او راه وسعه ان
يشهد به وان لم يشهد عليه والاصل في ذلك اجماعهم على ان رجلين لو سمعا رجلا
طلق امراته ثلث تطليقات تطلق بشهادتهما او سمعا رجلا قد اعتق امته في حال
الامة تطلق بشهادتهما لم يسعهما ترك الشهادة لانها لو تركاها وطي الرجل
حرام وكذلك اذا شاهد القتل والغصب والطلاق والعتاق كل واحد منهما ثابت
بنفسه فيعتبر فيه كل ما هو ثابت بنفسه من جواز الشهادة عليه من غير اشهاد
وقد قال المشايخ انما يجوز ذلك اذا راه يفعل ذلك ثم عرض واصح فان سمعا كلامه من
وراء حجاب غليظ او خلف حائط لم يروه لم يسعهم الشهادة فان شهد واو عرف
القاضي ذلك لم يجز شهادتهم لان هذه شهادة على الصوت والصوت يشبه الصوت
فلا يجوز الشهادة بالشك قال ش ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لان
هذا لانه لو قال اشهدني كذب في شهادته فلا يجوز ذلك قال ش ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه
مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشي لم يجز ان يشهد على شهادته ما لم
السامع الا ان يشهده وكذلك لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع

ان يشهد بذلك وذلك لانه غير ثابت بنفسه الا ترى انه يفتقر الى الحاكم ولو شهد بها
عند حاكم فلم يحكم بشهادته حتى عزل لم يجز للقاضي الاخر ان يحكم بتلك الشهادة حتى يعيدها
فصارت من هذا الوجه بمنزلة ما لم يكن ولما كان الاقرار حكمه ثابت بنفسه كان للقاضي
الثاني ان يقضي له فكان الفرق بينهما في جواز الشهادة بما لا يثبت بنفسه على وجه
الاشهاد قال ش ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يذكر شهادته
وذلك لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام لابن عباس اذا رايت مثل
الشمس فاشهد والا فدع ولان الخط يشبه الخط فان لم يذكر الشهادة لم يامن ان يكون
غير خطه فلا يجوز له الشهادة بالشك قال ش ولا يقبل شهادة الاعمى وللمركز عن
زفر ان شهادة الاعمى يقبل في النسب قال الشافعي يقبل شهادته فيما طريقه الخبر كالنسب
والموت ويقبل ايضا في مسلة الضبطة وهو ان يتعلق رجل ويقر عنده الرجل بمال فيجي
به الى القاضي من غير ان يفارقه ويقول اشهد ان هذا اقر لفلان بكذا لنا قوله عليه السلام
لابن عباس اذا رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان من لا يقبل شهادته على الا
عيان لا يقبل على الانساب كالفاسق ولا يقبل شهادته على شهادة غيره فلا يقبل
شهادته بنفسه كالعبد فان قيل ان هذه الشهادة لا تقف على المشاهدة بل يقف الاعمى
والخبر والاعمى يقع له العلم كما يقع للبصير قيل له هذا يبطل بالعبد واما البصير اذا تحمل
شهادة ثم عمي قال ابو حنيفه ومحمد لا يقبل وقال ابو يوسف يقبل وبه قال الشافعي وجه قو
لهما ان من لا تقبل شهادته على الاعيان لا يقبل شهادته على الاسما والانساب اصله الفاسق
بيان هذا ان عندهم لو قال اشهد ان لهذا على هذا كذا لم تقبل وانما تقبل اذا قال اشهد
ان لزيد على عمرو كذا فانه لا يجوز اما ان يشهد بالاشارة الى المدعى عليه او بالاسم

قوله اذا راى خطه ... نوع ... مع المتنازعه ... قوله ... الاعمى ... وانعقاد النكاح ... وكذا ... والحدود ... والعقود ... وليس فيها ... لاداء ...

فلا يجوز ان تشهد بالاشارة الى المدعى عليه او بالاسم فلا يجوز ان يشهد بالاشارة لانه يعرف
المشهود عليه بالاستدلال فاشبه البصير اذا شهد من وراء حائط ولا يجوز ان يشهد على
الاسم لان ذلك لا يصح مع حضور المدعى عليه اصله وجه قول ابي يوسف انه تحمل الشهادة
وهو بصير ويوديها على الاسم فجاز ذلك كما لو شهد البصير على الميت الجواب ان الشها
دة لا تجوز على الخصم فاذا شهد لميت او على ميت فلا بد ان يقول وهذا وصية وهو
معين وذلك يمكن من البصير ولا يمكن من الاعمى فافترقا فاما المملوك فلا يقبل شهادته
لقوله تعالى ممن ترضون من الشهدا والعبد ليس بمرضي في العادة ولان الشهادة
فيها ضرب من الولاية الا ترى انها توجب حقا على غيره بقوله والعبد ليس من اهل الولاية
فلم يكن من اهل الشهادة قال ش ولا المحدود في قذف وان تاب وقد بينا ذلك
قال ش ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده في حكم مال الوالد بالاخبار المشهورة
فكانه يشهد لنفسه وذكر الخصاف في ادب القضا عن النبي عليه السلام انه لا يقبل شها
دة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج للمراة ولا العبد لسيده
ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره واذا ثبت هذا في الولد والولد ثبت في ولد الولد
وفي الاجداد ولان اسم الاولاد والابا يتناولهم وقد قال داود يقبل الشهادة في
جميع ذلك قال ش ولا يقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي لنا ما
ذكره الخصاف عن النبي عليه السلام انه قال لا يقبل شهادة الوالد لولده ولا الشريك لشريكه
ولا شهادة الزوجة لزوجها ولا شهادة الزوج لزوجته ولان بينهما سببا يوجب
التوارث في جميع الاحوال فلا يجوز شهادة احدهما للاخر كالولد والوالد
فان قيل بينهما سبب لا يوجب العتق اذا ملكه فلا يمنع قبول الشهادة كابن العم

قبله هذا الاعتبار يبطل بالعبد يبيع سيده ويكس بالرق يبيع مكاتبه ثم المعنى فيه
الاصل ان تلك القرابة لم تجعل بمنزلة قرابة كاملة بدليل انها لا توجب التوارث في جميع
الاحوال وها هنا بخلافه قال ش ولا شهادة المولى لعبده ولا لمكاتبه وذكر الطحاوي
في الخبر انه قال ولا للمولى لعبده ولا العبد لمولاه ولانه لا يخلو اما ان يكون على العبد دين
او لا يكون فان لم يكن عليه دين فما يحصل له فهو لمولاه فكان يشهد لنفسه وان كان
عليه دين فما يحصل له هو موقوف عليه وعلى مولاه فصار في شهادته منفعة
لنفسه فلم يقبل وكذلك مال المكاتب موقوف عليه فله في الشهادة للمكاتب منفعة
للتهمة قال ش ولا شهادة الشريك للشريك فيما هو من شركتهما لما روي
في الخبر الذي ذكره الخصاف انه قال ولا شهادة الشريك لشريكه ولانه يحصل بشها
دته له فيه جزء فكان يشهد لنفسه فاما اذا شهد له فيما ليس من شركتهما فهو جائز لانه لا منفعة
له فيه فزالت التهمة قال ش ويقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم وهو عام الا ما خصه الدليل ولاجماع المسلمين على ذلك قال
ش ولا يقبل شهادة مخنث والنائحة والمغنية وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه نهى
عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية ولان من لا يمتنع من الناس لا يؤمن
من ان يرتكب الشهادة بما لا اصل له فصارت تهمة فيه واما المخنث فانما يريد
به من يصطنع ويتشبه بالنساء وقد منع عليه السلام من التشبه بالنساء فاذا ارتكب
ذلك مع وجود النهي لم يؤمن ان يرتكب الشهادة بالزور فلم يقبل شهادته
قال ش ولا مدمن الشرب على اللهو وذلك لان هذا النوع محرم على كل حال
فاذا فعله فسق فلم يقبل شهادته فاما من ادمن الشرب على غير لهو ولم

قوله ولا مدمن الشرب على اللهو وهو ان يغ...

يسكر وهو يعتقد تحليله فشهادته مقبولة لانه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا ترك
المروة قال ش ولا من يلعب بالطيور ولان فعل مستخف يوجب اسقاط المروة فاذا
حسن عنده ارتكابه لم يؤمن ان يرتكب الشهادة بما لا اصل له قال ش ولا من يغني
للناس لان ذلك يسقط المروة قال ش ولا يأتي بابا من الكباير الذي يتعلق الحد لان من
فعل ذلك يفسق ويسقط عدالته والفاسق لا يقبل عدالته قال ش ولا من يدخل الحمام
بغير ازار ويأكل الربوا لان كشف العورة محرم وكذلك اكل الربوا فاذا ارتكب ذلك فسق
فلم يقبل شهادته قال ش والمقامر بالنرد والشطرنج لانه اذا قامر بها فسق
لان القمار محرم وكذلك ان لم يقامر بها ولكن ادمن عليها حتى يترك الصلوة دفاما
اذا لم يقامر بها ولا يترك الصلوة بلعبها فشهادته جايزة لان اللعب بها في نفسها
ليس بفسق وهو مما يسوغ فيه الاجتهاد وانما الفسق معنى اخر وهو القمار
او ترك الصلوة فاذا لم يوجد لم يمنع الشهادة قال ش ولا من يفعل الافعال
المستخفة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لان ذلك يسقط المروه فاذا
استحسن ارتكابه لم يؤمن غيره من الشهادة بالزور وان كان ممنوعا منه
قال ش ولا يقبل شهادة من يظهر سب السلف لان ذلك فسق او هو من فعل السفها
وشهادة من هو بهذه الصفة لا تقبل فاما اذا كان يعتقد ذلك ولكن لا يظهره وهو عدل
في افعاله فان شهادته تقبل قال ش ويقبل شهادة اهل الاهوا الا الخطابيه
وذلك لان الصحابه والتابعين قبل بعضهم شهادة بعض مع اختلافهم وقد قاتل
في الخوارج ما لم يخرجوا الى قتال اهل العدل فشهادتهم جايزة لانهم لم يظهروا
من انفسهم الفسق وانما اعتقدوه فاذا قاتلوا فقد اظهروا الفسق فلم يقبل

شهادتهم وقول صاحب الكتاب اهل الاهوا انما اراد به الخوارج وغيرهم لانهم ما
اعتقدوه انما اخذوا به على طريق التشديد في الدين وذلك لا يمنع قبول الشها
دة لان من هذا صفته لا يقدم على الكذب لا سيما اذا اعتقد ان الكذب شرك
فيكون ابعد من التهمة واما قوله الا الخطابيه فهو قوم ينسبون الى ابن
الخطاب رجل كان بالكوفه قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناس لانه كان
يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر فكانوا يعتقدون
ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد له بقيه بسمعه بذلك قال ش
ويقبل شهادة اهل الذمة بعضهم لبعض وان اختلفت مللهم وهو قول شر
يح والشعبي وعمر بن عبد العزيز وابن شهاب ويحيى بن سعيد قال الطحاوي
عن ابن عمران انه قال سمعت يحيى بن اكثم يقول ما وجدت من احد من المتقدمين
ان شهادة النصراني بعضهم على بعض لا يجوز الا ربيعه وقال مالك والشافعي
لا يجوز لنا حديث جابر ان النبي عليه السلام قبل شهادة اربعة من اليهود في الزنا ورجمها
ولانه عدل في دينه فجاز ان يقبل شهادته كالمسلم ولان من جاز ان يثبت له
الولاية على غيره جاز ان يقبل شهادته عليه اصله المسلم فان قيل من لا يقبل
شهادته على المسلم لا يقبل على الكافر اصله الفاسق قيل له انما لم يقبل شها
دته على المسلم لاجل التهمة الا ترى انهم يستحلون دماءنا واموالنا ولا يلحقهم
تهمة في حق ملتهم وليس اذا لا يقبل الشهادة مع وجود التهمة يجب ان
لا يقبلها مع عدمها تبين ذلك ان الفاسق لما حصلت التهمة فيه في حق المسلم
والكافر لا يقبل شهادته في حقهما فان قيل لو كان المانع من قبول شهادته

على المسلم التهمه التي ذكرتموها وجب ان لا يقبل شهادة اليهود على النصارى ولا النصارى
على اليهود لان بعضهم يستحل دم بعض للتهمة قيل له وان كان كذلك الا ان الكل
تجمعهم الذمة واذلال التالم وعداوتنا لهم وذلك يقتضي اجتماعهم على استحلال دمائنا
اموالنا ويصير ذلك سببا الى التالف والمعاشره وهذا ينفي التهمة قال ش ولا يقبل
شهادة الحربي على الذمي وذلك لان اختلاف الدارين يقطع العصمة والموالاة كما يقطع اختلاف
الملتين كما لا يقبل شهادة المسلم على الكافر ولا شهادة الكافر على المسلم كذلك لا يقبل
شهادة اهل دارنا عليهم ولا يقبل شهاداتهم على اهل دارنا قال ش وان كانت الحسنات
اغلب من السيات والرجل يجتنب الكباير قبلت شهادته وان الم بمعصية وقد روي
عن ابي يوسف انه قال في الرجل اذا كان الغالب على افعاله الخير وانما يندر منه الصغاير
ولا يوجد منه الكباير قبلت شهادته لان احدا لا يمكنه الامتناع من الذنوب الا الانبيا
عليهم السلام وهذا صحيح لانا لو لم يقبل الشهادة من لا ذنب له تعذر وجود ذلك يودي
الى بطلان ما ندب الله تعالى من استشهاد العدول ومن يرضى من الشهدا فلما كان
كذلك اعتبر من كان الغالب على اكثر افعاله الخير واجتنب قال ش ويقبل شهادة
الاقلف والخصي وولد الزنا اما شهادة الاقلف فلظاهر الايه والاخبار وقد روي عن ابن
عباس لا يقبل شهادة الاقلف ولا يقبل صلوته ولا تؤكل ذبيحته وهذا انما اراد به المجوس
بدليل ان ترك الختان لا يمنع جواز الذبيحة والمسلم ايضا اذا ترك الختان استخفافا
بالدين لم يقبل شهادته لانه من السنن الظاهرة واما الخصي فقد روي ان عمر
قبل شهادة علقمة الخصي على قدامه بن مظعون ولانه مظلوم بقطع ذلك فصار
كمن قطع ذكره يده واما ولد الزنا فلقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم

ولان فسق ابويه ليس اكثر من كفرهم وكفرهم لا يوثر في منع قبول شهادته كذلك فسقهم
وقد قال مالك لا يقبل شهادة ولد الزنا في الزنا للتهمة الا ترى ان يوثر ان يكون معه الناس
مثله وهذا غير صحيح لان من كان عدلا في دينه لا يختار ذلك قال ش وشهادة
الخنثى جايزة لانه لا يخلو ان يكون رجلا او امراة واي ذلك كان فقد دل النص على
قبول شهادته قال ش واذا وافقت الشهادة الدعوي قبلت وان خالفتها
لم يقبل والاصل في ذلك ان البينة التي تقوم على حقوق الادميين لا يقبل الا بعد
الدعوي لانها حق له وحقوق الشهادة في الدعوي فلا مدخل لها فلم يقبل والمعتبر في ذلك
اتفاق الدعوي والشهادة من طريق المعني لا من طريق اللفظ تبين ذلك ان المد
عي يقول ادعي كذي والشاهد يقول اشهد بكذي فيختلف اللفظ ويتفق المعني وكل
موضع امكن ان يوفق بين المدعي والشهادة لم يكمل وان لم يكن ان يوفق بينهما
بطلت قال ش ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعني عند ابي حنيفة
فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم يقبل الشهادة وقال ابو يوسف ومحمد
يحكم له بالف وهو قول الشافعي وزاد فقال ان راد الفا اخر حلف وكانت له وروايته
حنيفة ان لفظ الالفين لا يعبر به عن الالف وكل واحد منهما اشهد بجملة لم يشهد بها
الاخر فلا يثبت واحد منهما كما لو شهد احدهما بماية دينار والاخر بالف درهم فان
قيل عندكم انه لو اقر بهما في مجلس واحد ثبت الاقل منهما فاذا اشهد بكل واحد منهما
شاهد وجب ان يثبت الاقل كما لو شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية قيل
له المعني في الاصل انهما اتفقا على لفظ الالف وانفراد احدهما بعدد اخر عطفه
على فيقبل ما اتفقا عليه وفي مسلتنا كل واحد منهما اشهد بعدد غير الاخر

انما يتفقان في المعني لا في اللفظ فصار كما لو شهد احدهما بماية درهم والاخر بعشرة دنانير
واما قول الشافعي ان راد المدعي الالف الاخر حلف واخذ فهو مبني على جواز القضا بالشاهد
واليمين فعند اصحابنا لا يجوز في الاموال وعند الشافعي يجوز في الاموال خاصة لنا قوله
تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم الاية فخص الحكم برجلين او برجل وامراتين عند
عدم الرجلين وخصيص الحكم بالذكر يدل على نفي ما عداه ولقوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على المدعى عليه والالف واللام للجنس فيقتضي ان لا يكون بينة الا في جنبة
المدعي ولا يمين الا في جنبة المدعى عليه وهذا ينفي ان يكون شي من الايمان في جنبة
المدعي وهو قوله عليه السلام شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك ولان حق مدعي
فلا يقتضي فيه بالشهادة واليمين اصله الحدود ولان يمين المدعي قوله فلا يستحق
به المال وان انضم اليه شهادة شاهد اصله دعواه فان قيل روي عن النبي عليه السلام
انه قضى بالشاهد واليمين وروي قضا بشاهد ويمين الطالب قيل له قال يحيى بن معين
وعلي بن المديني لا يصح عن رسول الله في القضا بالشاهد واليمين وهولا وجوه
اصحاب الحديث فوجب الرجوع الى قولهما وقد ذكر محمد في كتاب الرد على اهل
المدينة قال قال ش الزهري وهو شيخ اهل المدينة وفقيهم واهل المدينة
ينكرون ذلك ان القضا بالشاهد واليمين بدعة واول من قضا به معاويه
ولو صح هذا الخبر لم يقبل فيه مثل هذا على انه خبر واحد يخالف ظاهر القران فلا
يجوز قبوله وقد طعن ايضا في روايته ولو ثبت احتمل ان يكون المراد به قضي
بالشاهد مرة وباليمين اخرى ليبين ان الطريق الذي ثبت به الحقوق هذان
الطريقان واما الذي روي انه قضي بالشاهد ويمين الطالب فلا يصح ايضا على

ان لا يعلم انه قضى بذلك في قصه واحده فيحتمل ان يكون ذلك في موضع مخصوص ونحن
كون مثل ذلك في موضع مخصوص وهذا اذا اشتري جارية فوجد بها عيبا لا
يطلع عليه الا النسا فشهدت به امراة واحدة فانه يثبت ثم يحلف البايع لقد بعت
وسلمت وما بها عيب هذا العيب يقر البايع بان العيب كان بها الا ان المشتري
كان رضي به فيحلف المشتري بالله ما رضي بهذا العيب ثم يفسخ فيكون هذا
قضا بشاهد واحد ويمين الطالب فان قيل احد المدعين فجاز ان يثبت اليمين
في حق كالمدعى عليه قيل له نقول بموجبه في الوصي اذا ادعى رد المال على اليتيم او هلاك
ه وكذلك المودع اذا ادعى هلاك الوديعة ثم المدعى عليه لما ثبت اليمين في حقه
لم يستحق بها شيا وانما دفع بها دعوى المدعي وكذلك هاهنا فانه يجب ان لا يستحق
بها وعندهم يستحق بها المال ثم اليمين لما لم يثبت في جنبة المدعى عليه تعلق
الحكم بها من غير اعتبار شي اخر يضم اليها ولو ثبت في جنبة المدعي وجب انه
يتعلق الحكم بها من غير اعتبار شي اخر تبين ذلك الامين اذا ادعى هلاك الوديعة
قال ش وان شهد احدهما بالالف والاخر بالف وخمس ماية والمدعي يدعي الفا
وخمسماية قبلت ذلك لانهما قد اتفقا على الشهادة بالف لفظا ومعني وانفرد
احدهما بذكر خمس ماية اخرى ولا يقدح ذلك في شهادته بالالف كما لو شهدت الف
درهم ومائة دينار وهو يدعيهما فان شهادته لا تبطل كذلك هذا وقد قالوا
لو ادعى على رجل الف درهم فشهد له شاهدان بالف وخمس ماية فان كان المد
عي قد صرح انه كان له عليه ذلك وابراه من خمس ماية او قضاه فيه صحت الشهادة
على الالف لانه يمكن ان يكون الامر على ما قال والشهادة يجب حملها على الصحة

على الصحة ما امكن وان قال لم يكن لي عليه قط غير الالف لم تقبل الشهادة لانه اكذب
شهودهما فيما شهدوا به ولا يصح الشهادة مع الاكذاب قال ش واذا شهد
بالف وقال احدهما قضاه منها خمس ماية قبلت شهادته بالف ولم يسمع قوله
انه قضاه الا ان يشهد معه الاخر وهذا هو المشهور وعن ابي يوسف انه يقضي
بخمس ماية وجه قولهم ان الشهادة على الالف صحيحة والشهادة على القضا شهادة
مبتداة انفرد بها احد الشاهدين فوجب القضا بما اتفقا عليه كما لو شهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسماية وجه قول ابي يوسف ان الذي يشهد بالقضا في مضمون
شهادته ان لا دين عليه الا خمس ماية فلا يجوز ان يثبت شهادته اكثر من ذلك
ولو شهد شاهدان بالف وقال احدهما انه قضاه فالمشهور عن اصحابنا انه
يقضي بجميع الالف وعن زفر ان شهادة من يشهد بالقضا باطلة وعن ابي يوسف
مثله وجه قولهم المشهور ما بينا انهما اتفقا على الالف وشهد الاخر بشهادة مبتداة
فوجب القضا بما اتفقا عليه كما لو شهد احدهما بالالف والاخر بالف وخمسماية
وجه قول زفر ان المشهود له قد اكذب شاهد القضا فلم يقبل شهادته كما لو اعترف
بفسقه قيل له شهادته بالقضا شهادة اخرى واكذابه في احدى الشهادتين
لا يوثر في الاخرى كما لو شهد له بالف وشهد عليه بدين واكذبه فيما شهد به عليه
فانه لا يمنع قبول شهادته له ولا يشبه اكذابه الاقرار بفسقهما الا ترى ان
اكذابهما لا يتضمن الفسق يجوز ان يكونا غلطا او نسيا قال ش وينبغي
للشاهد اذا علم ذلك ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمس ماية
وذلك لانه لا يخلو اما ان يشهد له بخمسماية وذلك لا يجوز لانه يودي الى اختلاف

لفظ الشهادتين فلا يقبل الشهادة ويبطل حق صاحب الحق او يشهد بجميع الالف
ويشهد بالقضا وذلك ايضا لا يجوز ان المال يثبت ولا يقبل قوله في القضا فيؤدي
ذلك الى ان يشهد بما ليس بحق فلم يبق الا ان لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض ليبرا من
ذلك قال ش وان شهد شاهدان ان زيدا قتل يوم النحر بمكة وشهد اخران
انه قتل يوم النحر بالكوفه واجتمعوا واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين
وذلك لانا نتيقن كذب احدهما وليست واحدة منهما باولى من الاخرى
فلم يقبل الشهادتين جميعا قال ش وان سبقت احدهما جميعا فقضى بها
ثم حضرت الاخرى لم يقبل وذلك لان الاولى لما حضرت وحدها لم يقطع بكذبها
فكل بينة لا يقطع بكذبها يجوز قبولها واذا قبلها الحاكم وقضى بها ثم حضرت
الاخرى لم يحكم بها لان الحكم بها ينافي الحكم الاولى والاولى قد حكمنا بصحتها والظاهر
لما حكمنا بها ولم يتيقن كذبها بحضور الاخرى فبقي الحكم بحالة قال ش ولا يسمع
القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك وقال الشافعي يسمع عليه البينة ويحكم
والدليل على انه لا يسمع عليه البينة ان الحكام من وقت النبي عليه السلم الى يومنا يسالون
عن الشهود في السر والعلانية ويكتفون بالاخبار عن احوالهم ولا يسمعون عليه
فلولا انهم عرفوا من الشريعة ان البينة لا تسمع على ذلك والا طلبوها كما يفعلون في
ساير الحقوق ولان القاضي مامور بالستر على المسلمين وفي قبول البينة على ذلك
هتك حرمتهم ولان لو جاز سماع البينة على ذلك لاعتبر مدعا عليه واعتبر لفظ الشهادة
كما يعتبر في ساير الحقوق فلما لم يعتبر ذلك دل على ان البينة لا تسمع على ذلك
واما الدليل على ان لا يحكم به هو ان المقصود بالحكم التوثق وليس الحكم ان يوثق

في اثبات الفسق لان الحكم في الحال بالتوبة ولا معنى للحكم بما يمكن المحكوم عليه ابطاله في الحال ولان
الفسق لا يمكن الوصول الى معرفته الا من طريق الاجتهاد فاذا حكم بعدالته ثم تبين انه
فاسق فقد انتقل من اجتهاد الى اجتهاد فلا يجوز ان يفسخ ما مضى من اجتهاده الا
ولي وما في الحال يمكن المحكوم عليه ابطاله فلا فايدة في الحكم فان قيل معنى يمنع
من قبول الشهادة فجاز الحكم به وسماع البينة عليه اصله الكفر والرق قيل له المعنى
في ذلك انه يمكن الوصول الى حقيقة فاذا حكم به فليس باجتهاد وانما هو حكم مقطوع
به ففيه فايدة قال ش ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشي لم يعاينه الا الموت
والنسب والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشيا اذا
اخبره بها من يثق به وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز الشهادة
وجه القياس ان الشهادة ماخوذة من المشاهدة ولان النبي عليه السلم قال لابن عباس اذا
رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع فاعتبر المعاينه الا انهم استحسنوا
في هذه الاشيا لانه لا طريق الى معرفتها في الغالب الا الخبر الا ترى انهم يشهدون على
نسب علي بن ابي طالب كرم الله وجهه وعلى نسب غيره من الصحابة رضي الله عنهم وعلى ان جهم
عايشة زوجة النبي عليه السلم ورضي عنها فانه كان دخل بها ولم يشاهدوا ذلك ولان
العادة لم تجر ان يحضر الناس الولادة وانما يرون الصبي يتبع امه وينتسب
الى الاب فيقال ابن فلان وكذلك لا يحضرون عند الموت وانما يحضرون الاقارب
فاذا راوا الجنازة والدفن علموا ان فلانا قد مات فكذلك عقد النكاح لا
يحضره كل احد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا قد تزوج فيقتصرون
على ذلك في معرفته فالمهر تابع للنكاح والدخول ايضا لا يحضره الشهود

والعبد في يد رجل وسعك ان تشهد ان ذلك له وفي ملكه ان لم يكن رايته قبل ذلك فكان اصحابنا
يقولون يعتبر اليد والتصرف اما اعتبار اليد فلان الظاهر انما يكون في يد الانسان له
كما ان الظاهر ان ما اشتراه او ورثه له والمرجع في الاملاك الى الظاهر فاذا حصل جاز
ان يشهد به وجه ما ذكره اصحابنا المتاخرون ان التصرف هو الذي يدل على الملك
فاما الامساك فقد يكون له وقد يكون لغيره فلا يجوز ان يجعل سببا في اثبات الملك
واما ابو يوسف فان اعتبر غلبة الظن ويجب ان يكون هذا قول الجميع لان ظهور
اليد يجوز ان يدل على الملك وعلى غيره فقد استدل به على غيره لم يجز ان يشهد والذي
فرق في الجامع بين العبد وغيره فلان العبد الكبير لا يد عليه والذي ذكره الخصاف
محمول على العبد الصغير قال ش والشهادة جايزة في كل حق لا يسقط بالشبهة
وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة لزمت
شاهد الاصل وليست بحق للمشهود له بدليل انه لا يجوز الخصومة فيها والاخبار
عليها والشهادة لا تصح على العبادة ولان شاهد الاصل انما قبلت شهادته لانه
ينقل الحق الذي على المشهود عليه الى القاضي عند المطالبة وشاهد الفرع
ينقل ما ليس بحق فلا يقبل الا انهم تركوا القياس للاجماع وقد روي عن علي رضي الله عنه
لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين وهذا لا يعلم الا بالتوقيف قال ش ولا
يقبل في الحدود والقصاص وقال الشافعي يقبل في القصاص وحد القذف وفي بقية
الحدود قولان لنا انها قايمة مقام الغير فلا يثبت بها الحدود والقصاص كالكتابة
وشهادة النسا ولان القياس يمنع جواز الشهادة على الشهادة لان الشهود
عبادة وجبت على شاهد الاصل والعبادات لا يجوز الاشهاد عليها كالصلوة

والصوم وانما تركوا القياس للاجماع والاجماع حصل فيما سوى الحدود والقصاص
والباقي على اصل القياس فان قيل ما ثبت بالشهادة ثبت بالشهادة على الشهادة
اصله الديون قيل له الديون يجوز اثباتها بالكتابة فجاز بالشهادة على الشهادة
والقصاص والحدود بخلافه وان شيت قلت يقبل فيه شهادة النسا مع الرجال
والقصاص بخلافه قال ش ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين
وقال الشافعي لا يجوز ويعتبر ان يكون شهود الفرع اربعة على كل واحد من شاهدي
الاصل اثنان لنا ان شهود الفرع ينقلون قول شهود الاصل وقول اثنين يجوز
ان ينقله الى ~~الشهادة شهود الاصل~~ الى القاضي اثنان كما لو شهد اثنان على اقرار
رجلين ولان الاستحقاق يتعلق بشهادة شهود الاصل وكل قول يتعلق به الاستحقاق يجوز ان ينقل الى القاضي باثنين اصله الاقرار فان قيل اذا شهدوا على
احد الشهود الاصل قامت شهادة شاهد الاصل وقاما مقامه وشاهد الاصل
لو حضر وشهد لم يجز ان يشهد على شهادة غيره كذلك من قام مقامه قيل له
اذا حضر شاهد الاصل انما لا يقبل شهادته على غيره حتى يتم الشهادة لما يودي اليه
من اجتماع البدل والمبدل وذلك لا يوجد في مسالتنا قال ش ولا يقبل شهادة
واحد على واحد وقال ابن ابي ليلى واحمد والاوزاعي يجوز لنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال
لا يجوز على شهادة رجل ~~على رجل شهادة~~ الا شهادة رجلين وهذا لا يعلم الا من جهة
التوقيف ولان نقل قول الغير الى القاضي فلا يصح بواحد كالاقرار والمعنى ان اعتبر
ذلك بالاخبار ويجوز عندنا اثبات ذلك برجل وامراتين كساير الحقوق وقد مضى
قال ش وصفة الاشهاد ان يقول الشاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد

على شهادتي اي اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذي واشهدني على نفسه وان
لم يقل واشهدني على نفسه جاز وهذا الصحيح لان قوله اشهد شرط لما بينا انه لا
يجوز للشاهد ان يشهد على شهادة غيره الا ان يامره بالاشهاد عليه بخلاف الا
قرار وما يثبت حكمه بنفسه وقوله شهادتي هو المعنى الذي يقع عليه الشهادة
فلا بد من ذكره وقوله اي اشهد ليعلم ان شاهد الاصل اتى بلفظ الشهادة في شها
دته فلولا ذلك احتمل ان يكون شهد بلفظ العلم واليقين فاما قوله بعد ذلك واشهدني
على نفسه فلا حاجة اليه لما بينا ان كل ما يثبت حكمه بنفسه يجوز للشاهد ان
يشهد به وان لم يقل اشهد وان ذكر ذلك جاز وكان تاكيدا للشهادة وزيادة
في الاحتياط حين وجدت الشهادة بامر المشهود عليه وذكر الحاكم الجليل
انه يقول اشهد واشهدك على شهادتي بكذي وهذا اقرب من الاول قال ش
ويقول شاهد الفرع عند الادا اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته انه شهد
ان فلانا اقر عندي بكذي وقال لي اشهد على بذلك وقال الحاكم يقول عند الادا اشهد
ان فلانا اشهدني على شهادته انه شهد بكذي وكذي وذكر الخصاف انه يكون لفظ
الشهادة ثمان مرات فيقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته انه يشهد ان
فلان بن فلان اقر عنده واشهده على نفسه ان لفلان بن فلان هذا عليه الف درهم
وقال لي اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان اقر عندي لفلان بكذي ويحكى الا
قتصار من جميع ذلك على ثلث لفظات وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني
على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذي وما ذكره صاحب الكتاب اولى واحوط لان
قوله اشهد لا بد منه وهو لفظ شهادته ثم يخبر بعد ذلك بصفة ما يقع عليه

شهادته وهو التحمل وقد بينا ان التحمل ان يقول اشهد على شهادتي اني اشهد ولا
فلان باي يشهد شاهد الفرع بذكر ذلك وقوله اشهد على شهادتي هو شرط عند ابي حنيفه ومحمد
وقال ابو يوسف ان لم يذكر ذلك جاز وجه قول ابي حنيفه ومحمد اذا لم يقل وقال لي اشهد
على شهادتي احتمل ان يكون امره ان يشهد بمثل شهادته وذلك كذب ويحتمل انه
امره على وجه التحميل فلا يجوز اثباته تحميلا بالشك وجه قول ابي يوسف ان
امر الشاهد وقوله محمول على الصحة ما امكن ولانه لا يكذب وليس ذلك الا ان
يحمل على انه اراد التحميل فيصح قال ش ولا يقبل شهادة شهود الفرع
الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا
لا يستطيعون معه حضور مجلس القاضي وذلك لان شهادة شهود الفرع
قايمة مقام شهادة شهود الاصل وبدل عنها والفرع لا يثبت حكمه مع القد
رة على الاصل اصله ساير الابدال وهذا قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد
يقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فصار كنقل اقرارهم قال ش فان
عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز وذلك لانه اذا كان شاهد الفرع ممن يصح
تزكيته فلا فرق بين تزكيته وتزكية غيره فان قيل شهادة نفسه لا يصح
الا بتعديله وكان متهما فيه قيل له ما يوجب تصحيح شهادته لا يوجب التهمة
الا ترى ان ذلك موجود في ترك فسقه وموجود في صلاحه وعدالته فيجب
على قولك ان لا يقبل شهادته وكذلك لو شهد رجلان عند القاضي فعدل
احدهما صاحبه جاز وان كان في ذلك تصحيح شهادته كذلك هذا قال ش
وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا الذي ذكره قول ابي يوسف

وقال محمد لا يقبل الشهادة اذا لم يعدلا وجه قول ابي يوسف ان شهود الفرع يلزمهم
النقل ولا يلزمهم التعديل لان ذلك قد يخفى عليهم فوجب ان يرجع فيه الى القاضي كما ير
جع اليه في تعديل شهود الفرع ولانهم نقلوا قولهم فكانهم حضروا وشهدوا فسال
القاضي عنهم وجه قول محمد ان نقلهم الشهادة يحتاج الى ان يعلموا انها شها
دة وذلك لا يكون الا بالعدالة فاذا لم يعرفوا ذلك لم يصح كما لو شهدوا على من لا
يعرفون عقله قال ش وان انكر شهود الاصل الشهادة لم يقبل شها
دة شهود الفرع وذلك لما بينا ان الشهادة على الشهادة لا تصح الا ان يقول
شهود الاصل لشهود الفرع اشهدوا على شهادتنا فاذا انكروا اصل الشها
دة يتضمن ذلك عدم الاذن في الاشهاد فيقبل قولهم ولا يصح شهادة شهود
الفرع قال ش وقال ابو حنيفه في شاهد الزور اشهره في السوق ولا
اعزره وقال ابو يوسف ومحمد يوجعه ضربا ويحبسه وهو قول الشافعي
ومن اصحابنا من قال الاختلاف بينهم في هذه المسله الا ان ابا حنيفه اجاب في الشا
هد اذا حضر تائبا لا يستحق التعزير لان المقصود منه الزجر وقد انزجر حتى تاب
وهما اجابا في الذي لم يتب وذلك يستحق التعزير لانه اتى بمنكر ليس فيه حد مقدر
ومن اصحابنا من قال قول ابي حنيفه لا يعزر لان اشهاره في سوقه تعزير بل هو اشد
من الضرب في بعض الناس وقد روي ان شريحا كان اذا اخذ شاهد زور يبعث به
الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه وقت اجتماعهم بعد العصر يقول ان شريحا
يقرئكم السلام انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروا واحذروا الناس واعتبر ابو يوسف
ومحمد التعزير والحبس بما روي ان عمر ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولان هذا

على انه لم يتب فان قيل فعلا منكرا ليس عليه حد مقدر كالوشم الناس قيل له هناك قد
لحق الضرر باعراضهم ولم يرتفع فجاز ان يعزر لاجله وفي مسلتنا لحق الضرر بالمال
واذا تاب وضمن المال فقد زال الضرر مع وجود التوبة ولا معنى للعقوبة وقد قال
اصحابنا اذا قال المزكي فلان عدل كفى في التعديل وكذلك اذا قال ما علمت فيه الا الخير
وقال الشافعي لا يقبل حتى يقول عدل علي ولي لنا ما روي ان عمر سال رجلا عن رجل
فقال لا يعلم منه الا الخير فقال حسبك ولان قوله عدل يجمع ساير اسباب العدالة
وما ذكروه يتم لما يشتمل عليه اللفظ فلا يحتاج اليه كما لا يحتاج الى ذكر غيره من صفات
العدالة فان قيل قوله عدل محتمل فيحتاج الى بيان قيل له بل هو مفسر لان العدل من
يجب قبول قوله ويسكن الى امانته وقد قال ش اصحابنا يستحب للمزكي اذا اراد الجر
ح ان يقول الله اعلم به ولا يبين سبب الجرح فان بين وقال ليس بعدل وهو فاسق نفذ
ولم يقبل القاضي الشهادة وقال الخصاف اذا عدل القاضي رجلا لم يقبل جرحه
مجملا حتى يبين سبب الجرح وقال الشافعي لا يقبل الجرح حتى يبين لنا ان الواجب
الستر على المسلمين الا ان المزكي يحتاج الى ترك التعديل ليلا يقضي القاضي بشها
دة من ليس بعدل وهذا يكفي فيه الاشارة والكناية وكذلك اذا قال هو فاسق صرح
بما يقدح في شهادته فان قيل الناس يختلفون في التفسيق فيجوز ان يكون فسقا
عند المزكي وليس بفسق عند القاضي او يكون عدلا عند المزكي ولا يكون كذلك عند
القاضي قيل له هذا لا يصح لان الاصول التي يوثر في الشهادة معرفة والوا
جب حمل امر المزكي على الصحة كما يحمل امره في التعديل وانه لا يحمل
امر القاضي على ما ليس بسبب عنده والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت وذلك لان الشهادة
لا يتعلق بها حكم حتى يتصل به حكم القاضي فاذا رجعوا قبل الحكم صار وجودها كعدمها
قال وان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم ينفسخ الحكم وقال حماد بن ابي سليمان ان كانت
حالة الشاهد احسن مما كانت والا فسخ حكمه لنا ان الرجوع ليس بشهادة
بدليل انه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يفسخ به حكم الحاكم ولان
ما اكذب نفسه صار ذلك مانعا من قبول شهادة اخرى منه كذلك ايضا يمنع
من نقض يقع على ابطال حق الغير برجوعه وحماد يقول اذا كانت حالته كما كان فالظاهر
انه صادق فيقبل قوله قال ووجب عليهم ضمان ما اتلفوا بشهادتهم لانهم سبب في الا
تلاف والاتلاف اذا حصل بسبب هو متعد فيه يلزم به الضمان اصله حافر البير
وواضع الحجر في الطريق قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم وذلك لان
الرجوع وان لم يكن شهادة في نفسه فقد اجري مجرى الشهادة والشهادة عند
غير القاضي لا يتعلق به حكم كذلك ما اجري مجرى الشهادة قال واذا شهد شاهدان
بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال المشهود عليه وقال الشافعي في قوله الجديد
لا يضمن عليهم لانهما سبب في الاتلاف على طريق التعدي فجاز ان يلزمهم ضمان
المال اصله حافر البير وواضع الحجر ولانهم اذا رجعوا علمنا ان المال سلم المقضي له
بغير حق وتسليم مال الغير الى غير صاحبه بغير حق يوجب الضمان وقد اجمعنا انه لا يجب
الضمان على القاضي ولا على المقضي له فلم يبق الا يوجب به على الشهود ولانه
من شهد وابا زالة ملك مقوم فاذا رجعوا ضمنوا كما لو شهدوا بالعتق فان قيل

قوله بحضرة الحاكم اي حاكم كان لان الاصل فيه ان المعتبر ... تباشر بقي او رجوع من رجع ... دعوى المال بعد القضا ... ان بقي اثنان ... كل الحق وان بقي واحد بقي نصف الحق لان الشهادة ... اشهلهذا الابتداء

فان قيل قد اجتمع في هذا الاتلاف السبب والمباشرة فسقط حكم السبب اصله الممسك والقاتل
والحافر والدافع قيل له هذا ينتقض بشهود القصاص اذا رجعوا على اصلهم وبالمحرم اذا امسك
صيدا حتى قتله محرم اخر فان قيل لم يوجد في الشهود الا مجرد القول ومجرد القول في ملك
الغير لا يوجب الضمان قيل له يبطل اذا شهدوا بالعتق والطلاق ثم رجعوا على ان
الشهود وجد من جهتهم ايجاب الملك للغير فيتعلق الضمان بذلك لا بمجرد القول
قال وان رجع احدهما ضمن النصف لان الشاهد الباقي على الشهادة يثبت بشهادته
نصف الحق والاصل في هذا ان اربعة لو شهدوا على رجل بمال فقضي به ثم رجع منهما اثنان لم
يلزمهما ضمان لما بقي على شهادته من يثبت له جميع المال فكذلك في مسلتنا لما بقي على
على الشهادة من يثبت بشهادته نصف المال صار الراجع متلفا للنصف فلزمه
قال وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لما بينا انه قد بقي على
الشهادة من يثبت بشهادته جميع الحق ولم يوجد من الراجع اتلاف ظاهر فلم يلز
مه ضمان قال وان رجع اخر ضمن الراجعان نصف المال وذلك لما بينا ان المعتبر
بمن بقي على الشهادة وقد بقي عليها من يثبت بشهادته نصف الحق فصار النصف
متلفا برجوع الراجع وليس احدهما باولى من الاخر فكان الضمان عليهما نصفان
فان قيل لو قال الراجع الاول كيف يجوز ان يلزمني الضمان برجوع غيري وفي وقت
رجوعي لم يجب علي شي قيل له كما يلزم الضمان جميع الشهود اذا رجعوا وهم ثلثه
ولو قال واحد منهم لو رجعت وحدي لم يلزمني الضمان لاني بالتهم لم يسمع قوله
قال وان شهد رجل وامراتان فرجعت واحدة امراة ضمنت ربع الحق وان
رجعتا ضمنتا نصف الحق على ما بيناه ان المعتبر بمن بقي على الشهادة فاذا رجعت

قال
المراتان فقد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته نصف الحق فيكون المتلف الراجع
وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمانيه فلا ضمان عليهن لانه قد بقي على الشها
دة من يثبت بشهادته جميع الحق فلا معتبر من رجع قال فان رجعت اخرى
كان على النسوة ربع الحق لانه قد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته ثلثة ارباع
الحق فصار المتلف هو الربع فلزم من رجع قال فان رجع الرجل والنسا فعلى الر
جل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف
ومحمد على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وجه قول ابي حنيفه ان الشرع قد جعل
كل امراتين بمنزلة الرجل فصارت النسوة بمنزلة خمسة رجال ويكون الرجل هو
السادس ولو كان ستة رجال فرجعوا الزم كل واحد منهم السدس كذلك هذا وجه قولهما
ان جميع النسوة يقمن مقام رجل بدليل انه لا يقبل شهادتهن وحدها كما لا يقبل شهادة
امراتين واذا كان كذلك صارتا بمنزلة رجلين فيكون على الرجل النصف من الضمان وقد قال
اصحابنا لو شهد رجلان وامراة بمال فقضي به ثم رجع رجلان عليهما كان الضمان عليهما
دون المراة لان المراة واحدة لا يجوز شهادتها فصار وجودها كعدمها وقالوا
لو شهد رجل وثلث نسوة فقضي به ثم رجع الرجل وامراة لزم الرجل نصف المال ولم
يلزم المراة شي من الضمان في قول ابي يوسف ومحمد على ما بيناه وقد ذكر الشيخ انه ينبغي
ان يكون الضمان بينهما اثلاثا على قول ابي حنيفة قال وان شهد شاهدان على امرا
ة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا عليها بشهادتهما شيا
وكذلك لو شهدا باقل من مهرها لان خروج من ملك المراة لا قيمة له بدليل ان امراة مريضه
لو زوجت نفسها باقل من مهر مثلها لم يجب لها كمال المهر ولا يكون بمنزلة ما لو باعت

في مرضها شيا باقل من قيمته قال وكذلك لو شهدا على رجل انه تزوج امراة بمقدار مهر مثلها
لان البضع له قيمة في دخوله في ملك الزوج فقد اخرجا من ملكه بشهادتهما ما ادخلا في ملكه
عوضا بازايه لم يتلفا عليه شيا فلا يجب الضمان وان شهدا باكثر من مهر مثلها ثم رجعا ضمنا الزيادة
لانهما اتلفا عليه الزيادة حين اخرجاها من ملكه ولم يدخلا بازايه شيا قال وان شهدا
ببيع بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا لانهما لم يخرجا من ملكه شيا الا وقد حصل له بازايه مثله وان
لم يتلفا عليه والضمان انما يجب لاجل الاتلاف قال وان كان باقل من القيمة ضمنا
النقصان لانهما اتلفا عليه جزا من المبيع من غير حصول شي في مقابلته فلزمهما الضمان
قال وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول ثم رجعا ضمنا نصف المهر وذلك
لانهما قررا عليه ضمانا كان يجوز ان يتخلص منه الا ترى ان المراة كان يجوز ان ترتد او تقبل
ابن زوجها فيسقط عنه جميع المهر فلما شهدا عليه بالطلاق قررا عليه ما
كان يجوز ان يتخلص منه فلزمهما الضمان ويجوز ان يقال ايضا ان عندنا الطلاق
قبل الدخول يسقط جميع المهر كهلاك المبيع قبل القبض المسقط للثمن وانما يجب لها نصف
المسماة ابتدا على طريق المتعة فهذا مال الزمه الشاهدان لم يكونا واجبا عليه فصار
كانهم شهدوا عليه بمال ثم رجعوا فلزمه الضمان قال وان كان بعد الدخول لم يضمن
لان شهادتهما يتضمن خروج البضع من ملكه وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة
له فلم يتلفوا عليه بشهادتهما ماله قيمته ولا قررا عليه ضمانا كان يجوز ان يتخلص منه
فلم يلزمهما شي وقد قال الشافعي عليهما الضمان ايضا لان منافع البضع مقومه فصار
كما لو شهدوا بعين قيل له الاعيان مقومه بانفسها ومن اتلف ما هو مقوم في نفسه
ضمن ومنافع البضع بخلاف ذلك فلم يلزمهما شي قال وان شهدا انه اعتق عبده

ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اذا ملكه عن رقه من غير عوض فلزمهما الضمان ولا
ويكون الولا للمالك لان العتق لا ينتقل اليهما بالضمان لانه مما لا يلحقه الفسخ قال ش
واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي
تجب القصاص على الشهود دليلنا ان الشهود سبب في القتل والقتل سبب يتعلق
به الدية دون القصاص اصله حفر البير ووضع الحجر ولانه شاركهما في القتل من لا
قصاص عليه فلا يلزمهما القصاص اصله الخاطي والعامد فان قيل روي عن علي انه شهد
عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعت يده ثم اتيا بعد ذلك باخر فقالا او همنا
انما السارق هذا فقال لهما لا اصدقكما على الاخر وعليكما ضمان الاول ولو اني اعلم انكما
فعلتما ذلك عمدا لقطعت ايديكما قيل له هذا يحتمل قطعت ايديكما على وجه الحد
لانهما ساعوا في الارض بالفساد بالشهادة فيكون حدا فان قيل ان الشهود
بمنزلة المكره على القتل والقصاص يتعلق بالمكره قيل له بل هم سبب في الاتلاف فهو
كواضع الحجر فاذا ثبت انه لا يجب القصاص وجب الدية لما صار من رجوعهم شبهة
في سقوط القصاص قال ش واذا رجعوا شهود الفرع ضمنوا لان
الحكم يتعلق بالاداء وذلك حصل من شهود الفرع فصار الاتلاف موجبا بشهادتهم
فلزمهم الضمان قال ش وان رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود
الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يضمنون وهو رواية عن ابي حنيفة وجه قولهما ان شهادة شهود
الفرع تجعل شهادة شهود الاصل شهادة فصار شهود الاصل سبب فلا
يلزمهم الضمان كشهود الاحصان ولا يشبه هذا المزكين لانهم جعلوا

شهادة الشهود شهادة فصار ولكن شهود الفرع في مسلتنا ولان الشهود للاصل لم
يردوا الى الحاكم الشهادة ولم يوجد من جهتهم غير التغرير لشهود الفرع وهو النوع
من التغرير لا يتعلق به ضمان وجه قول محمد ان الحاكم يحكم بشهادة شهود الاصل وشهود
الفرع آلة في النقل واذا وقع القضا بشهادتهم لزمهم الضمان بالرجوع واذا قالوا
لم نشهدهم شهود الفرع على شهادتنا فلان الضمان انما يجب بالرجوع عن
الشهادة ولم يوجد ذلك لانهم انكروا نفس الشهادة فلم يوجد من جهتهم سبب
يوجب الضمان قال ش وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا لانهم اعترفوا بالسبب
الضمان واذ وجد من جهتهم فلزمهم الضمان وقد قال ش ابو حنيفة وابو يوسف
اذا رجع شهود الاصل والفرع جميعا فالضمان على الشهود الفرع خاصة
قال محمد الخيار الى المشهود عليه يضمن ايهما شا بنا على المسلة الاولى قال ش
وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل وغلطوا في شهادتهم لم يلتفت
الى ذلك لان القاضي قد حكم بتلك الشهادة فلا يقبل قولهم في فسخ حكمه بدعواهم
على شهود الاصل ولا ضمان على شاهدي الفرع لانهما لم يرجعا على شهادتنا وانما اد
عيا سببا بوجوب الضمان عليهما ولو قال شهود الفرع رجعنا عن شهادتنا
وقال شهود الاصل قد غلطنا في شهادتنا كان الضمان على شهود الفرع احض
الا ترى انهم الذين نقلوا الشهادة الى الحاكم والزموه الحكم بها صار كالحاكم والدافع
قال ش فان شهد اربعة بالزنا وشهد اثنان بالاحصان لم يضمنوا وقال الشافعي
اذا رجع شهود الاحصان بحال والزنا فالضمان عليهم اسداسا وعندنا لا يضمن
على شهود الاحصان بحال كذلك لانهم لم يشهدوا بما يوجب التلف ولا جعلوا

شهادة شهود الزنا شهادة بعد ان لم تكن شهادة فلم يجز ان يلزمهم ضمان كما
لو شهدوا باشتراط الاحصان قبل الزنا ثم ثبت الزنا فان قيل التلف حصل بشهادة
الجميع لان شهود الزنا لو انفرد لم يرجم واذا احصل لم يتلف بمجموع شهادتهم
وجب الضمان عليهم كستة شهدوا بالزنا قيل له يبطل بالشهادة على العتق فرجم
ثم رجعوا ولان التلف اوجبه الزنا والاحصان ليس بموجب وانما هو سبب
السبب الذي يلحى اذا اجتمع مع المباشرة تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب
قال ش واذا رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليهم وجه قول ابي حنيفة ان الشهود التزكية جعلوا
شهادة الشهود شهادة بدليل انه لولا تزكيتهم لم يتعلق بقولهم حكم فوجب ان
يتعلق بهم الضمان كما لو شهدوا بانفسهم ولا يشبه هذا شهود الاحصان لانهم
لم يجعلوا شهادة شهود الزنا شهادة على ما بيناه فان قيل الشهادة لا يتعلق بها
حكم حتى يحكم بها الحاكم ولا ضمان عليه قيل له الحاكم لا يجوز ان يلزمه الضمان فيما يحكم
به والشاهد يجوز ان يلزمه الضمان وجه قولهما ان الحكم يتعلق بقول الشهود
الا ترى انه صرحوا بالحق وشهود التزكية لم يوجد منهم شهادة بالحق وانما هم
سبب فصاروا كشهود الدخول في اليمين وكشهود النسب في الميراث فلا
يلزمهم ضمان ما اخبروه بشهادتهم قال ش واذا شهد شاهدان باليمين
وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على الشهود اليمين خاصة وذلك
لان شهود الدخول لم يجعلوا شهادة شهود اليمين شهادة بدليل ان القاضي يسمع
الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهدوا بالدخول واذا لم يتعلق بشهادتهم حكم

٥

صار وا كشهود الاحصان فلا يلزمهم الضمان وقد قال ش ولو شهد شاهدان انه تزوج امراة
بالف درهم وجحد الزوج ذلك ومهر مثلها خمسماية وشهد اخران انه طلقها قبل الدخول
فقضي بذلك ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح ماتان وخمسون وعلى شاهدي الطلاق كذلك
وذلك لان شهود النكاح شهدوا باكثر من مهر المثل فالزموا الزوج خمسماية درهم
ولم يحصل في مقابلتها شي فلزمهم الضمان فلما وقع الطلاق بشهادة الاخرين قبل
الدخول فسقط عن الزوج نصف المهر فسقط عن شاهدي النكاح نصف
الضمان فاما شهود الطلاق فقد بينا انهم فرروا على الزوج نصف الصداق
مع جواز انه كان يتخلص منه ويلزمهم الضمان الا انه قد سلم للزوج ماتان
وخمسون من جهة شهود النكاح فسقط ذلك عن شهود الطلاق ولو
شهد اخران بالدخول والمسلة بحالها ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح
خمسماية وهو الفضل عن مهر المثل وعلى شاهدي الدخول ثلثة ارباع خمسماية
اخرى وعلى شاهدي الطلاق ربعها لان شاهدي النكاح اتلفا على الزوج ما زاد على
مهر المثل وعوضاه البضع عن الخمسماية الاخرى فغرما ما اتلفا وشاهدي الدخول
قد انفرد باتلاف مايتين وخمسين لانهما لو لم يشهدوا الزم شهود الطلاق قبل الدخول
نصف المهر وهو مايتان وخمسون فقد قرروا على الزوج جميع المهر وكان ان يتخلص
منه وشاركوا شهود الطلاق في اتلاف مايتين وخمسين لان كل واحد منهما قد
قرر عليه ضمان هذا المايتان وخمسين مع جواز ان يتخلص منها فيكون ولهذا
الزمهما ثلثة ارباع خمسماية والله اعلم بالصواب

كتاب ادب القاضي

القضا يعبّر به عن امور كثيرة والمراد به في الشرع الالزام قال ابن قتيبة في مشكل
القران القضا يعبر به عن معاني مختلفة تعود كلها الى معنى واحد والاصل هو
الختم والفراغ من الامر ولجري على هذا جميع ما ذكر في القران من لفظ القضا
قال ش رحمه الله لا يصح ولاية القضا حتى يجتمع في المولى شرايط الشهادة ويكون
من اهل الاجتهاد وذلك لان الشهادة فرع من فروع القضا ولان ما
اعتبر في الشاهد من الصفات اولى ان يعتبر في القاضي واما كونه من اهل
الاجتهاد فلان النبي عليه السلام قال لمعاذ القضا قال له بم تحكم قال بكتاب الله تعالى قال
فان لم تجد قال بسنة رسول الله قال فان لم تجد قال اجتهد رايي ولا ن اذا لم يعرف
الاجتهاد جاز ان يحكم بخلاف النص او بخلاف الاجماع ومع كونه مجتهدا
ذلك وانما لم يذكر معاذ الاجماع حين ساله النبي عليه السلام لانه لم يكن اجماعا في زمان
الله فقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا وذكر الخصاف ما يدل
على جوازه وقال الشافعي لا يجوز والدليل على ما قاله الخصاف ما ذكره احمد بن حنبل
في مسنده عن علي عليه السلام انه بعثني رسول الله الى اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني
الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضا قال ان الله تعالى يسدد لسانك و
يثبت قلبك فما شككت في قضا بين اثنين بعد ذلك فولاه ولم يكن من اهل الاجتهاد
ولان المقصود تنفيذ الاحكام وانصاف المظلوم وذلك يوجد من المقلد كما يوجد
من المجتهد فان قيل من لا يجوز ان يكون مفتيا لا يجوز ان يكون قاضيا كالفا
سق قيل له لا يجوز ان يفتي برايه ولا يقضي برايه ويجوز ان يفتي بما
سمعه من العلما كذلك يجوز ان يقضي بما سمع منهم ولا يجوز ان يقضي برايه

برايه وقد قال ش اصحابنا يجوز حكم المراة فيما تقبل شهادتها فيه وقال الشافعي لا يجوز
لنا ان المقصود وضع الاحكام مواضعها وانصاف المظلوم من الظالم وفصل التنازع
وهذا يوجد من المراة كما يوجد من الرجل ولانها ولاية خاصة فجاز ان تتولاها المراة
كالوصية فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال ما افلح قوم وليتهم امراة قيل له المراد به
ولاية الامامة ولان يقتضي المنع في ذلك وولاية المراة مكروه وولاية الرجل اولى
فان قيل لا يجوز ان تقضي في الحدود وكذلك لا يجوز في غيرها كالفاسق والاعمى قيل له
مثل هذا لا يجب الا ترى انه لا تقبل شهادتها في الحدود وان جاز في غيرها
وكذلك القضا قال ش ولا باس بالدخول في القضا لمن يثق من نفسه انه يودي
فرضه والاصل في ذلك قوله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض وقال الله تعالى
لنبيه هو الذي انزل عليك الكتاب بالحق الاية ولانه عليه السلام كان يقضي بين الناس
وولى الصحابة القضا وانفذهم الى النواحي ولانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر وانصا
المظلوم وهذا امر مستحب بل واجب وكان اكثر السلف يكرهون الدخول في القضا
وقد روي في ذلك اخبار منها ما روي عن النبي عليه السلام انه قال من كان ولي القضا فكانما
ذبح بغير سكين وروي ان النبي عليه السلام قال القاضي العادل يوم القيامة
وليس من ... حتى يفرغ الله تعالى من حساب الخلق في يوم كان مقداره
خمسين الف سنة وهذا محمول على من لا يمكنه القضايا ويضعف عنه فيودي
الى تضييع الاحكام يبين ذلك ان النبي عليه السلام ولى علي بن ابي طالب القضا ولو كان هذا
الوعيد على الدخول فيه على الاطلاق لم يوله ومن روي عنه من السلف كراهة
الدخول فيه فيحمل انهم لم يامنوا على انفسهم من الضعف فيه او امتنعوا الكون

سلطان الوقت على غير الحق وقد قال ش اصحابنا ان القضا فرض على الكفاية يجب على من
يصلح له الدخول فيه ما لم يقم به غيره فان قام به واحد سقط عن الباقين لانه امر بالمعروف
ونهي عن المنكر وذلك فرض على الكفاية قال ش ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز
او لا يامن على نفسه الحيف فيه لقوله عليه السلام من ولي القضا فكانما ذبح بغير سكين
ولما روي عن النبي عليه السلام انه قال القضاة ثلثة قاضي في الجنة وقاضيان في النار والقا
ضي الذي في الجنة هو الذي يقضي بعدل فهو في الجنة والذان في النار فقاض قضى بجور
فهو في النار وقاض قضى بغير علم استحيا ان يسال فهو في النار فكره لمن يخاف العجز
ولا يامن على نفسه الدخول فيه لهذا الوعيد قال ش ولا ينبغي ان يطلب الولاية
ولا يسالها وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال من سال القضا وكل الى نفسه ومن
اجبر عليه نزل الله تعالى عليه ملكا يسدده ولان الطالب للقضا الظاهر انه يطلبه لاجل
المنفعة وذلك منهي عنه واذا اكره على القضا لا يوجد هذا المعنى فيه قال ش
ومن قلد القضا تسلم ديوان القاضي قبله وذلك لان ديوان القاضي المقصود منه الحجة و
الوثيقة للناس فيجب ان يكون في يد من ينظر في امورهم وقد قالوا ان القاضي المولى ينفذ
برجلين ثقتين ليتسلما الديوان من المعزول وهذا صحيح لان المرجع في ذلك الى قوله و
قول الانسان لا يقبل الى القاضي بالا من اثنين قال ش وينظر في حال المحبسين فمن
اعترف بحق الزمه اياه ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة وهذا صحيح
لان الانسان لا يحبس الا بحق فالظاهر ان القاضي المعزول لم يحبسه الا بحق فيجب
ان يسال عن ذلك فمن اقر منهم به الزمه اياه باقراره ومن انكر لم يسمع عليه قول المعزول
لانه بالعزل صار كساير الناس فلا يقبل قوله على غيره بمجرده ولانه مدع انه فعله من

الحبس وانه محق والمحبوس منكر فلا بد في ذلك من بينة ولا يقبل شهادته على فعل نفسه
قال ش فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه ويستظهر في امره وذلك لانه يجوز
ان يكون لخصم لا يعرف جحوده او يكون له خصم غايب فكان من الاستظهارات
ان يقوم القاضي حتى ينادي في مجلسه ايامًا من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني
المحبوس بحق فليحضر فاذا احضر خصم وادعى عليه حقا وهو على جحوده طلب
بينة المدعي وابتدا الحكم بينهم ولا يقبل قول المعزول في ذلك وان لم يحضر خصم استظهر
في امره واخذ منه كفيلا بنفسه لجواز ان يكون له خصم غايب فاذا استظهر و
استوثق بذلك خلي سبيله قال ش وينظر في الودايع وارتفاع الوقوف فيعمل على
ما يقوم به البينة او يعترف به من هو في يده وذلك لان النظر في هذه الاشيا
مردود الى نظر القاضي فاذا ولي لزمه النظر فيه فيعمل على ما يقوم به البينة
او يعترف به من هو في يده لانه امين والقول قول الامين ما لم يكذبه الظاهر قال ش
ولا يقبل قول المعزول الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله
فيها وذلك لانه اذا اعترف ان المعزول سلمها اليه فقد اعترف ان يده مستفاده
من جهته فقبل قول المعزول في مستحقها لان اليد له وكانها في يده فاما اذا لم يعترف
صاحب اليد بتسليم المعزول اليه فقوله غير مقبول لانه مدع بغير حجة قال ش
ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد وقال الشافعي يكره القضا في المسجد لنا ما روي ان
النبي عليه السلام كان يجلس في المسجد وينظر بين الخصوم وفي مصالح المسلمين وكذلك الايمة
بعده قال الشعبي رايت عمر يقضي في المسجد وقال الحسن رايت عثمان يقضي في
المسجد ولانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر وذلك لا يكره في المسجد ولانه لا يكره

الاستحلاف فيه فلا يكره ان يعقد القضا فيه كغير المسجد فان قيل روي عبد الله بن حرب
ان النبي عليه السلام سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال ايها الناشد لا وجدتها انما بني
المسجد لذكر الله والصلوة فيه قيل له انشاد الضالة امر مباح يمكن خارج المسجد
والقضاة عبادة وقد بين عليه السلام ان المسجد بني للعبادة بذكر بعضها يكون تنبيها على
بعض فان قيل الحكومة تحضرها الجنب والحايض قيل له امور المسلمين محمولة
على الصحة وانهم لا يدخلون المسجد على هذه الحال فان قيل فيتعذر على الحايض الحا
كمة قيل له يمكن القاضي ان يوخر الى حين قيامه ويفوض الامر الى غيره ليقضي بينهما
وانما قلنا يجلس جلوساً ظاهراً ليصل اليه جميع الناس على وجه واحد من غير حاجب
ولا تقدم ولا تاخير قال ش ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت
عادته قبل القضا بمهاداته والاصل في ذلك ما روي ان النبي عليه السلام ولى رجلاً بعض
... فلما عاد قال هذا لكم وهذا اهدي الي فقال عليه السلام هلا قعدت في بيت امه حتى
اليه وروي ان عمر بن الخطاب ولى ابو هريرة موضعاً فلما رجع كان معه مال وقال
هذا اهدي الي فقال له عمر هلا قعدت في بيت امك ليهدي اليك وعن مسروق واذا
اخذ القاضي الهدية فقد اكل السحت واذا اخذ الرشوة بلغت به الكفر وعن علي
الرشوة في الحكم من السحت وروي انه خطب وبيده قارورة فقال في خطبته ما اصب
منذ دخلت بها الي هذه اهداها الي دهقان وهذا يدل ان الامام الا القاضي لا يجوز
له اخذ الهدية لان رضي الله عنه افتى بذلك وهو قول القايل ما شوت ولا نشب
كذي ف اما قبول الهدية من ذي رحم محرم فواجب لان فيه صلة الرحم ومن جرت
عادته بمهاداته قبل القضا لا تهمة فيما ياخذ منه والمنع انما هو لاجل التهمة

والهل مع احد الخصمين واذا زالت التهمة لم يمنع منه وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال
لعن الله الراشي في الحكم والمرتشي وعن جماعة من السلف السحت هو الرشوة والفرق
بين الرشوة والهدية هو ان الرشوة يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا يكون معها
شرط قال ش ولا يحضر دعوة الا ان يكون عامة وذلك لان الدعوة الخاصه
الخاصة في حضورها تهمة والعامة بخلافه وقد روي عن محمد ان له ان يجيب الدعوة
الخاصة اذا كانت لقرابته كما يجوز ان يقبل له هديته لما فيه من صلة الرحم قال ش
ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك قربة وبالسعادة لا تهمة ايضا فيها فلا يمنع
القضا منها وقد كان النبي عليه السلام يحضر الجنازة ويعود المرضى وهو حاكم الحكام و
قد قال الله لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة قال ش ولا يضيف احد
الخصمين دون الاخر لما فيه من التهمة وقد روي ان النبي عليه السلام نهى ان يضيف
احد الخصمين فان اضافهما جميعاً جاز لزوال التهمة قال ش واذا احضرا
سوى بينهما في الجلوس والاقبال ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة وذلك
لما روي عن النبي عليه السلام انه قال اذا ابتلى احدكم بالقضا فليسو بينهم في المجلس والاشارة
والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر مما يرفعه على الاخر ولما روي ان عمر
كتب الى ابي موسى كتاباً في القضا قال فيه اس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع
شريف في حيفك ولا يياس ضعيف من عدلك واما قوله ولا يلقنه حجة لان في ذلك اعانة
لاحد الخصمين وقد ... انه منهي عن ذلك وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال انكم تختصمون
الي وان احدكم الحن بحجته فمن قضيت له بشي من مال اخيه فانما اقضي له قطعة
من النار فلو جاز للقاضي تلقين الخصم حجة لفعل النبي عليه السلام ذلك وسوى بين

بين الخصمين ولم يحتج الى ذكر الوعيد وقد قال ش اصحابنا انه لا يجوز للقاضي ان يقضي وهو
غضبان ولا جايع لما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا يقضي القاضي وهو غضبان ولا يقضي
الا وهو شبعان ريان وعلى هذا جميع ما يشغله عن القضا يجب ان لا يقضي مع و
جوده وقد روي ان شريحاً كان اذا غضب قام وترك القضا ولان القاضي يحتاج الى
الصبر والمداراة وحسن الخلق ليلا ينفر الناس عنه وقد امر الله تعالى النبي بهذه
الاخلاق ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك الايه والغضب والوجع
يوثر في ذلك فيجب ترك القضا عند وجوده قال ش واذا ثبت الحق عنده وطلب
صاحب الحق حبس الغريم لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه وذلك لان الحبس
عقوبة والعقوبة لا تستحق الا بمعنى يوجد من جهته ولم يوجد اذا امره بدفعها
عليه فامتنع فقد وجد منه الظلم لخصمه فاستحق العقوبة لقوله عليه السلام مطل الغني
ظلم قال ش فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع
او التزمه بعقد كالمهر والكفالة وهذا الذي ذكره رواية ابن شجاع انه يحبس في ذلك
ولا يقبل قوله في الاعسار وذكر الخصاف عن اصحابنا انه يحبس فيما كان بدلاً عن مال
حصل في يده خاصه ولا يحبس فيما سوى ذلك والاصل في هذا ان الاصل في الانسان الفقر
والغنى معنى طارى فوجب استصحاب الاصل حتى يعلم حدوث ما يخالفه بدلاً عن مال
فقد علم حصول الغناية فسقط حكم الاصل ووجب استصحاب الغنى حتى يعلم زواله
فلهذا لم يصدق في الاعسار وصار امتناعه ظلماً يحبس لاجله واما ما التزمه بعقد
فوجه ما قاله ابن شجاع انها حقوق التزمها بالعقد فالظاهر انه لا يلتزمها الا وهو
قادر على ادايها فاذا ادعى سقوط الاعسار يريد اسقاطها عن نفسه فلا يقبل قوله

ويحبس وجه ما ذكره الخصاف ان الحبس عقوبة يستحق بالامتناع مع الغنا ولا يجوز
اثباتها بالظاهر كساير العقوبات قال ش ولا يحبس فيما سوى ذلك اذا قال اني
فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالاً وهذا الذي ذكره مثل عوض المغصوب وارش
الجناية وذلك لان الاصل هو الفقر على ما بيناه ولا يعلم انتقاله عن الاصل ولا التزامه
ايضا الفقر فلم يثبت ظلمه فلم يستحق العقوبة بالحبس فاذا قامت البينة على ان
له مالاً ثبت ظلمه وقد قال النبي عليه السلام مطل الغني ظلم فاستحق العقوبة فيحبس شهرين
او ثلثة ثم سال عنه وفي رواية الحسن ما بين اربعة اشهر الى ستة والتقدير
في هذا غير معتبر وهو مردود الى راي القاضي فالمقصود بالحبس ان يضجر فيظهر
مالاً ان كان له وهذا امر يختلف باختلاف الناس فوقف على اجتهاد القاضي فيه
واما قوله يحبسه ثم سال عنه فهذا قول ابي حنيفة انه لا يسمع البينة على الفلس
قبل الحبس وقال محمد هكذا اذا اشكل على امره فاما اذا لم يشكل سالت عنه ولم
احبسه فيجوز ان يقال ان هذا الموضع موضع اتفاق وهو ان يغلب على ظن
القاضي ان الشهود يرجعون الى ظاهر الحال فلا يسمع بشهادتهم حتى يكشف امره
بالحبس وان غلب على ظنه انهم عرفوا باطن الحال وانه لا مال له فلا معنى للحبس بعد
ذلك وان حملنا المسله على الخلاف فوجه قول ابي حنيفة ان القاضي يقدر على معرفة
حاله بالحبس فلا يحتاج له الرجوع الى قول الشهود الذين يشهدون بالظاهر ولان
الفلس معنى يسال عنه في السر والعلانيه فلا يسمع عليه البينة قبل المسلة
كالجرح وجه قول محمد ان الافلاس يوجب تاخير الحق فجاز ان يسمع عليه البينة كا
التاجيل قال ش فان لم يظهر له مال خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمايه

وقد بينا ذلك في كتاب الحجر قال ش ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه مال واجب عليه
مع اليسار والاعسار فاذا امتنع من ادايه حبس كالدين قال ش ولا يحبس الوالد
في دين ولده الا اذا امتنع من الانفاق عليه وذلك لان الحبس عقوبة والواجب على الولد
تعظيم الوالد وقد قال الله تعالى ولا تقل لهما اف والعقوبة بالحبس اكثر من ذلك و
كان اولى بالمنع واما اذا امتنع من الانفاق عليه فلا يمكن استدراك النفقة الا بالحبس
الا ترى انه يسقط بمضي الزمان بخلاف ساير الديون التي لا يسقط بمضيه
الزمان ونظير هذا ما قاله في المراة اذا امتنعت من الوطي انها تضرب لان معنى
يفوت بمضي الزمان ولا يمكن استدراكه الا بالضرب قال ش ويجوز قضا
المراة في كل شي الا في الحدود والقصاص وقد بينا ذلك واما الحدود والقصاص فلا
ينفذ قضاوها فيه لان شهادتها لا يقبل في ذلك والقضا اعلى من الشهادة فهو
اولى ان لا يجوز قال ش ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به
عنده والاصل في جواز كتاب القاضي الى القاضي ان ذلك يفعله القضاة من لدن النبي
عليه السلام الى يومنا من غير نكير ولان قام مقام الغير في الحقوق يجوز اثباتها كما قام
مقامه الغير كالشهادة على الشهادة ولان الضرورة تدعو الى ذلك الا ترى ان
صاحب الحق قد لا يمكنه اثبات ذلك حقه مع غيبة من عليه الحق ولا يجوز للقاضي
ان يقضي على غايب وان حضر صاحب الحق عند القاضي الاخر لم يمكنه اثبات
حقه مع غيبته ببينة فلا طريق الى اثباته الا بالكتاب فجاز للضرورة قال ش
فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة وكتب بحكمه وان شهدوا بغير حضرة
الخصم لم يحكم وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه وهذا صحيح لان سماع الشهادة

والقضا لا يجوز الا على خصم فان حضر خصم سمع عليه البينة وحكم بها وكتب بحكمه
الى القاضي المكتوب اليه واذا لم يحضر خصم لم يمكنه الحكم على الغايب فيكتب الى القاضي
الاخر بما سمعه من الشهادة ليحكم بها وهو بمنزلة تحميل شهود الاصل
شهود الفرع ولا يفتقر الى حضور خصم قال ش ولا يقبل الكتاب الا بشها
دة رجلين او رجل وامراتين وقد كان الشعبي يقبل الكتاب من غير شهادة
والدليل على ما قلنا ان الخط يشبه الخط فلا يامن ان يزور عليه فوجب ان
يستظهر في ذلك بالشهادة ولان القاضي لو وجد خطه في ديوانه ولم يجد ختمه
ولم يتذكره لم يجز له ان يحكم به فلان لا يحكم بخط الغير اولى واذا ثبت اعتبار
الشهادة قلنا هذا حق لا يسقط بالشبهة وهو مما يطلع عليه الرجال
فلا يقبل فيه اقل من رجل وامراتان كساير الحقوق قال ش ويجب ان
يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه ثم يختمه ويسلمه اليهم وذلك لان الشهود
لا يمكنهم الشهادة بما في الكتاب الا بعد معرفتهم بما فيه فلهذا يقرا عليهم
ويختمه بحضرته ليعرفون المشهود به من غير شك قال ش واذا
وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضر من الخصم وذلك لان المقصود من قبول الكتاب
وسماع الشهادة عليه هو الحكم بما فيه والحكم وسماع البينة لا يجوز الا على خصم
ولا يشبه هذا اسماع القاضي الكاتب للشهادة انها لا يفتقر الى حضور خصم
لما بينا ان المقصود منها النقل وذلك لا يفتقر الى حضور خصم كتحمل شهود
الفرع شهادة شهود الاصل وقد قال ش ابو يوسف يقبله من غير حضور
خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه وكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع

بما علمه في الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم قال ش واذا سلمه الشهود
اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه
وقراه علينا وختمه فضه القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه اما اعتبار
قراته على الشهود فهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وابن ابي ليلى اذا
شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله وجه قولهما ان الشهادة هي بما في الكتاب فاذا
لم يعرف الشهود المشهود به لم يقبل شهادتهم وجه قول ابي يوسف انهم شهدوا
على الكتاب والختم ثبت ان كتاب القاضي الكاتب واذا قراه عرف ما فيه
واما اعتبار الختم بحضرة الشهود فلانه لا يومن ان يزاد فيه فلم يجز ان يشهدوا
بالشك وهذا اذا لم يحفظوا ما فيه فان حفظوه فلا معنى للختم وعلى قول ابي يوسف
المعتبر تسليم القاضي الكتاب اليهم مختوما ولا معتبر بما قبل ذلك وقد قال ش
ابو حنيفة ان كان عنوان الكتاب من فلان الى فلان او من ابن فلان الى ابن فلان
لم يقبل الا ان يكون مشهورا باسمه وكنيته مثل ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يقبل وجه قول ابي حنيفة ان الكتاب يثبت مع غيبة الكاتب فوجب ان يتميز
بما يعرف به كالشهادة على الغايب وجه قول ابي يوسف ان الشهود قد عرفوا
الكاتب فاذا قالوا قاضي بغداد وليس بها الا قاضي واحد صار معلوما فلا حاجة
الى النسب وقد قال ابو يوسف اذا قبل القاضي الكتاب بحضر من الخصم وشهد
به الشهود وفضه وقراه ثم غاب المدعى عليه حكم عليه وقال محمد لا يحكم
عليه ولكن يكتب به الى قاضي بلد اخر وهذا فرع على اختلافهم في القاضي اذا
سمع البينة على رجل ثم غاب قال ابو يوسف يحكم عليه وقال محمد لا يحكم لان

قول ابي يوسف ان حضوره معتبر ليعلم وجود الاقرار منه والانكار وقد علم ذلك وجواز
ان يكون له حجة لا يمنع من الحكم لانه يقدر ان يقيمها بعد ذلك وجه قول محمد ان صحة
الشهادة موقوف على الحكم فاذا اعتبر حضوره في الابتدا فلان يعتبر حضوره حال
الحكم اولى اذا ثبت هذا قال ابو يوسف سماع الكتاب يجري مجرى سماع البينة
وعلى اصل محمد يعتبر حضور المدعى عليه عند انفاذ الحكم كذلك في مسلتنا الا انه
يكتب لما بينا من جواز الكتاب بالشهادة مع غيبة المدعى عليه وقد قال ش
اصحابنا اذا مات القاضي الكاتب او عزل قبل وصول كتابه اليه لم يقبله المكتوب اليه
(وفي بعض النسخ لم يقبله)
وعن ابي يوسف في الاملا فانه يقبله وبه قال الشافعي وجه قولهم انه وصل اليه
كتاب من لا ينفذ حكمه فلا يجوز له قبوله كما لو وصل اليه كتاب شاهد ولانه معنى
لو قارن كتب الكاتب منع من قبوله واذا طرى عليه قبل وصوله منع اصله
الفسق فان قيل المعول على ثبوت الحق عند القاضي المكتوب اليه على شهادة
شاهدي الكتاب على الكاتب الا ترى ان كتابه لا يحكم به ما لم يشهد وافصار كموت
شهود الاصل مع بقا شهود الفرع قيل له بل المعول على ثبوت الكتاب اليه على
شهادة الشهود ثم الحق يثبت لكتاب القاضي وخطابه تبين ذلك ان الشهود
لا يشهدون باكثر من ان هذا فلان فصاروا بمنزلة المزكي الشهود والمعنى
في الاصل ان شهود الفرع يشهدون بنفس الحق فاعتبر حياة شهود الاصل
وفي مسلتنا لا يشهدون بنفس الحق والكتاب قد خرج من ان يكون كتاب حكم
فلا يجوز ان يحكم بذلك وقد ذكر ابن شجاع ان القاضي الكاتب اذا مات قبل ان يحكم
المكتوب اليه بكتابه لم يحكم بعد ذلك في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف

يحكم به وجه قول ابي حنيفه ان موت القاضي يوجب عزله فان لم يجز الحكم بقوله كما لو عزله
الامام وجه قول ابي يوسف ان قول الكاتب بمنزلة الشهادة فصار كان شاهدا اذا مات
قبل الحكم بشهادته وهذا لا يصح لان قول الاول بمنزلة الحكم ولهذا يقبل قوله وحده فيجب
ان لا ينفذ قوله وهو لا يملك الحكم وقد قال ش اصحابنا اذا مات القاضي المكتوب اليه
او عزل وولي غيره فوصل الكتاب اليه لم يجز قبوله والحكم به وقال الشافعي يقبله
ويحكم به لنا ان الكتاب الى غيره فلا يجوز له قبوله كما لو لم يقبل الاول ولان كتاب
القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة عند القاضي الا ترى ان كل واحد منهما ينقل
الى القاضي ما يحكم به ولو شهد الشهود عند القاضي ثم عزل لم يجز لاخر ان يحكم بتلك
الشهادة وان يضمها كذلك الكتاب فان قيل بشهادة يثبت بها كتاب القاضي عند
المكتوب اليه قبلت بها عند غيره اصله الكتاب بالحكم قيل له لا فرق بينهما لان كتاب
الحكم الى القاضي لا يثبت عند الاخر وانما يثبت ما في الكتاب اذا اشهدوا به وفي
مسئلتنا ايضا اذا اشهدوا بما في الكتاب يثبت فاما الكتاب بنفسه فلا يثبت به
شي عند غير المكتوب اليه وقد قال ش اصحابنا اذا كتب من فلان الى قاضي
بلد كذي ولم يكتب اسم القاضي ولا اسم ابيه فينبغي ان يقبل ذلك القاضي الثاني الوالي
في ذلك البلد اذا كان حال ما كتب اليه قاضيا في ذلك البلد لانه صار بذلك مكتوبا اليه
هذا اذا لم يكن في البلد قاضيا اخر وكذلك قالوا لو كتب من فلان الى من وصل اليه كتابي
هذا من قضاة المسلمين واشهد على ذلك فيجب لمن ورد عليه ان يقبله اذا كان
تاريخ الكتاب بعد ولايه الذي يصل اليه الكتاب ذكر هذه المسلة ابو جعفر الطحاوي
في الشروط الكبير والاوسط من غير خلاف واحتج ان يكون والي ابو ما كتب الكتاب

لانه يصير بذلك مكتوبا الى كل قاضي فيجوز قبوله واعتبر ان يكون واليا يوم كتب الكتاب
ليكون مكتوبا اليه وقد قال ش ابو حنيفه وزفر اذا انكسر ختم القاضي لم يقبله
المكتوب اليه وقال ابو يوسف يقبله وجه قولهما انه كسر الختم يوجب تهمة فيما
شهد به الشهود لجواز ان يكون زيد فيه فلم يقبل مع التهمة وهذا اذا لم يحفظوا
ما فيه وعلى قول ابي يوسف قد وقفت الشهادة على الكتاب وما فيه بعلم بالقراة فلم
يوثر كسر الختم فيه قال ش ولا يقبل كتاب القاضي في الحدود والقصاص لان
الكتاب قايم مقام الغير فلا يقبل في الحدود كالشهادة على الشهادة قال ش وليس
للقاضي ان يستخلف ذلك على القضا الا ان يفوض اليه وذلك لانه جعل اليه الحكم والفصل
بين الخصوم وتوليه غيره لا يتناوله ذلك وهو بمنزلة الوكالة لان كل واحد منهما
يقف على الراي ولو وكله ببيع عبد لم يجز له ان يوكل غيره الا ان يجعل ذلك كذلك هذا
قال ش واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او
الاجماع او يكون قولا لا دليل فيه والاصل في ذلك ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا يقضى
في الشي الواحد بقضايين ولان عمر بن الخطاب لم يقض بالتشريك ثم قضى به بعد ذلك
وقال ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي ولان الصحابة ولوا من خالفهم في مذاهبهم
القضا فلو كان حكمه ينفسخ لم يولوه ولان ما ليس ما ليس فيه دليل قاطع فلا اجتهاد
فيه يتعارض فاذا انضم الى احد الاجتهادين حكم الحاكم قوي ولم ينفسخ باجتهاد اخر
واما ما عليه دليل قاطع ولا يسوغ فيه الاجتهاد فحكم بخلافه فانه ينفسخ مثل
تحريم المتعة ومن وقوع الطلاق في حال الحيض فاما ما يسوغ فيه الاجتهاد اذا كان
فيه دليل قاطع فان حكم الحاكم ينفسخ فيه كالحكم بترك التسمية عليه عمدا

لانه يخالف القران وليس في مقابلته ما يعارضه فلم يعتد به وقال محمد ان فسخ حكم
الحاكم بالشاهد واليمين وقال ابو يوسف لا ينفسخ والاظهر ان ينفسخ لمخالفته القران
لان الله تعالى امرنا باستشهاد شاهدين او بشاهد وامراتين وليس في مقابلته
ذلك الا خبر ضعيف فاما ما لا دليل عليه فلا يعتد به قال ش ولا يقضي القاضي
على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز القضا على الغايب
عن المصر بالبينة وان كان حاضرا ففيه وجهان لنا ما روي عن النبي عليه السلام
قال لعلي رضي الله عنه حين بعثه الى اليمن لا يقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الاخر
ولان البينة حجة لاحد الخصمين فلا يحكم بها مع غيبة الخصم الاخر او من يقوم
مقامه اصله اليمين ولانه يجوز ان يحضر فيدلي بحجة ينفي بينة الاخر فيمنع ذلك
ان يبتدي عليه الحكم اصله اذا حضر المجلس فان قيل روي ان النبي عليه السلام قال
لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف قيل له هذا كان على
طريق الفتيا لا على طريق القضا بدليل انه لم يستحلفها انها لم تستوف النفقة
فان قيل تعذر جواب المدعى عليه فصار كما لو سكت قيل له لا نسلم لان فيه ثلث
روايات احديها انه يلازم حتى يقرا وينكر والثانيه ذكرها الخصاف ان القاضي
سال عن حاله فاذا قيل انه سليم قال ان اجبت والا حكمت عليك بالنكول وذكر
في الجامع ان القاضي يسمع البينة عليه فعلى هذا الفرق بينهما ان المعنى في الاصل
انا تحققنا عدم الانكار فجاز القضا عليه وفي مسئلتنا بخلافه قال ش واذا
حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا جاز اذا كان بصفة الحاكم والاصل في جواز
التحكيم قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما الايه وحكم النبي عليه السلام سعد بن معاذ

في بني قريظه فلما حكم رضي حكمه فهذا يدل على جواز التحكيم وكان بين عمر بن الخطاب وابي بن كعب
منازعة في شي فحكما بينهما زيد بن ثابت وحكم بن عفان وطلحة في خصومه بينهما جبير بن
مطعم فحكم لعثمان وانما قلنا يجب ان يكون بصفة القاضي لانه بمنزلة القاضي في حقهما فاعتبر
صفة الحاكم كما يعتبر في الحاكم في حق جميع الناس قال ش ولا يجوز تحكيم العبد والكافر
والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي وذلك لما بينا انه بمنزلة الحاكم في حقهما
ومعلوم ان الحاكم في حق جميع الناس لا يجوز بهذه الصفة كذلك الحاكم في حقهما قال ش
ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما وذلك لان حكمه موقوف على رضاهما
فان رجع احدهما قبل تنفيذ الحكم فقد عدم الرضا فصار كعدمه في الابتدا قال ش واذا
حكم لزمهما وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز التحكيم وان حكم لم يلزمه لنا ان النبي عليه السلام
اجاز حكم سعد بن معاذ على بني قريظه ولو جاز رجوع المحكوم عليه بعد الحكم لم يلزمهم
ذلك مع كراهتهم او كراهة بعضهم ولان ما حكم وقع بتراضيهما فهو بمنزلة عقد عقداه
بتراضيهما فليلزمه ولا يجوز لاحدهما الرجوع فيه فان قيل ما يجوز للحاكم فسخه
وابطاله من غير ان يكون مخالفا للنص او الاجماع لا يلزمه المتخاصمين اصله حكم الفاسق
قيل له هذا يبطل اذا انفقا عقدا اتربا فيجانزاه وليس لواحد منهما الرجوع فيه
وان كان للحاكم فيه فسخه اذا ترافعا اليه وهو مخالف رايه لان الحاكم انما حكم بينهما بترا
ضيهما فلا ينفذ على غيرهما اذا لم يكن لهما عليه ولاية والمعنى في الفاسق انه لا يجوز ان
يكون قاضيا بتولية الامام كذلك لا يجوز ان يكون قاضيا بينهم بتراضيهما وفي مسلتنا
بخلافه قال ش واذا رفع حكمه الى القاضي فان وافق مذهبه امضاه وان خالفه
ابطله اما اذا وافق مذهبه فليس له ابطاله لانه لو فسخه لاحتاج ان يبتدي الحكم بمثله

فلا معنى لفسخه واذا خالفه فسخه وقال الشافعي على القول الذي يقول بجواز التحكيم ولم
انه ليس له فسخه كما لا يفسخ الحاكم لنا انه حكم صدر عن غير ولاية للحكم فلا يلزم القاضي
اذا خالف رايه اصله اذا كان الحكم عاميا ولان الحكم لزمهما برضاهما فلا يلزم ذلك الحاكم
وجاز ابطاله كالمفتي فان قيل من جاز له سماع البينة لم يجز للحاكم فسخ حكمه اصله
القاضي قيل له المعنى في الاصل ان ولايته عامة في حق الجميع فنفذ حكمه في حق الجميع وفي
مسالتنا ولايته يثبت بتراضيهما فلم يثبت ذلك في حق غيرهما قال **ش** ولا يجوز التحكيم
في الحدود والقصاص وقال اصحاب الشافعي على القول الذي يقول بجوازه التحكيم في
النكاح والقذف واللعان والقصاص وجه قولنا انه مما يوثر فيه الشبهة فجاز
ان يكون نقصان ولاية شبهة في المنع من جوازه كنقصان شهادة النساء ولان ثبوت
الحكم يقف على تراضيهما والتراضي لا يعتبر في وجوب الحد والقصاص فلم يجز التحكيم فان قيل
من جاز حكمه في الديوان جاز حكمه في الحدود كالحاكم قيل له لا يمتنع ان يختص بجواز
حكمه بما سوى الحدود والقصاص كما اختص بشهادة النساء بذلك والمعنى في الاصل
ما بيناه من ان ولاية الحاكم عامة في حق جميع الناس فكذلك في جميع الاحكام وهاهنا
بخلافه قال **ش** وان حكما في دم الخطا فقضى الحكم على العاقلة لم ينفذ حكمه لما بينا
ان حكمه انما يلزمهما بالتراضي او يكون حكما في حقهما دون غيرهما ولم يوجد من العاقلة
الرضا بحكمه فلم ينفذ حكمه عليهما وقد قالوا لو قضا بالدية في مال القاتل ثم رفع الى القاضي
ابطل حكمه لان مال يلزم العاقلة وقد بينا ان حكم الحاكم اذا رفع الى القاضي فلم يوافق رايه
ابطله فبطل ما حكم به ويلزم ذلك العاقلة قال **ش** ويجوز ان يسمع البينة ويقضي
بالنكول وذلك لانا اذا جعلناه للحكم بينهما كان له ذلك اذ ليس الحكم غير ذلك وقد دل على

جور وذكر ايضا ان زيد بن ثابت حكم باليمين على عمر بن الخطاب حين خاصمه اليه ابي بن
كعب ثم قال لابي بن كعب تعفي امير المومنين من اليمين فانكر ذلك عمر وقال هذا من
جورك قال **ش** وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل وذلك لان القضا اعم
من الشهادة وقد بينا ان شهادة الانسان لهولا لا تصح فالقضا اولى وقد قال **ش**
اصحابنا لا ينبغي ان يولى القضا الا الموثوق به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه
وعلمه بالسنة والاثار ووجوه الفقه لما بينا ان النبي عليه السلام حين اراد ان يبعث
معاذا الى اليمن ساله عن وجوه القضا وسبر احواله فيها وقد قالوا لا يولى صا
حب راي ليس له علم بالفقه لان القول بالراي والاجتهاد لا يصح الا في الفروع فاذا لم
يعرف النصوص والسنن جاز ان يستعمل بالراي والاجتهاد في غير موضعه و
كذلك من عرف الحديث ولم يعرف الفقه لا يجوز القضا ولا الفتوى لان في الحديث
ناسخ ومنسوخ وعام وخاص فلا يامن ان يضع ذلك في غير موضعه وقد دل
على الصحة ذلك قوله عليه السلام رحم الله امرا سمع مقالتي فوعاها ثم اداها الى من لم يسمعها
فرب حامل فقه غير فقيه ورب حامل فقه الى من افقه منه فاخبر عليه السلام انه قد
يحفظ الفقه من ليس بفقيه وهو من لا يعرف معناه ولا يفتي ايضا لقول الله
ولا تقف ما ليس لك به علم وقال عليه السلام ان الله تعالى لا يقبض العلم انتزاعا ينتزعه
من الناس ولكن يقبض العلما حتى لم يبق عالم اتخذ الناس روسا جهالا فسئلوا
فافتوا بغير علم فضلوا واضلوا وقد قال **ش** ابو حنيفه ما علمه القاضي قبل
القضا لا يحكم به وقال ابو يوسف يحكم به وهو احد قولي الشافعي وجه قول ابي حنيفه
انه تحمل شهادة بدليل انه لا يجوز له ان يحكم له عقيب علمه فلا يجوز ان يقضي بعد ذلك كا
لشهادة

على الشهادة ولا يلحقه فيه تهمة فلا ينفذ كما لا ينفذ شهادته لنفسه وجه قول
ان المقصود من اقامة البينة علم القاضي ومعلوم ان الشهادة تحمل عليه الظن
له الحكم بما فيه العلم اولى قيل له سماع البينة لما جاز له الحكم بها عقيب سماعها فلو جاز
له هاهنا ان يحكم به بعلمه جاز ان يحكم عقيب ذلك فلما لم يجز دل انه بمنزلة التحمل
واما ما علمه في حال القضا فله ان يحكم به عند ابي حنيفه وابي يوسف وزفر الا في الحدود
والقصاص وكان قول محمد مثل ذلك ثم رجع فقال لا ينفذ حكمه وهو احد قولي الشافعي
وجه قولهم انه لو لم يقبل قوله لم يجز الاقتصار على قضا واحد الا ترى ان احد
الخصمين فلا يقر عنده ثم يجحد فلو لم يقبل قوله احتاج الى قاضي اخر يشهد عنده
فلما اقتصروا على قاضي واحد دل على جواز قبول قوله كما يقبل في مذهب نفسه فان
قيل ان هذا العلم الا من جهته فلا يصح الحكم به كما لا يصح في الحدود قيل له قوله يقبل في
التعديل وان كان لا يعرف من جهة غيره كذلك هذا وهو القياس في الحدود الا انهم
تركوا القياس لما روي عن ابي بكر الصديق انه قال لو وجدت رجلا على حد من حدود الله تعالى
لم احده حتى يكون معي غيري شاهدا وكذلك روي عن عمر وقد قال **ش** ابو حنيفه ان
حكم الحاكم في الباطن كهو في الظاهر في تنفيذ العقود وفسخها وقال ابو يوسف
ومحمد لا ينفذ الا ان يصادف حقيقة الامر في الباطن وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفه
حديث ابي بكر ان النبي عليه السلام قال لا يقضي في الشي الواحد بقضايين وهذا يقتضي انه اذا حكم
بصحة عقد بشهادة شاهدين ثم تبين انهما فاسقين او كاذبين انه لا يجوز له فسخه
ولما روي ان رجلا ادعى نكاحا على امراة عند علي عليه السلام فجحدته فاقام على ذلك شاهدين
من العشيرة فقضى عليها بذلك فقالت المراة زوجني منه يا امير المومنين فاني

ست رجعت له فقال علي شاهداك زوجاك هذا احكم في البضع والبضع يعتبر فيه اكثر
مما يعتبر في غيره ولا كلفه عليه ان يقول زوجتكها فلما لم يفعل ذلك دل على ان العقد قد
انعقد وقد ثبت حكمه في الباطن ولان حكمه قد نفذ في الظاهر فوجب ان ينفذ في الباطن
... لم يتبين خلافه بامر يثبت من طريق الحكم اصله اذا صادف الحقيقة ولا يلزم اذا
تبين ان الشاهدين كانا عبدين او كافرين لانا قلنا اذا لم يتبين خلافه بامر يثبت من
طريق الحكم والرق والكفر يثبت من طريق الحكم ولان القاضي قضى بالفرقة في موضع جعل
له فيه ولايه فاذا لم يتبين الكذب بعد ذلك في شبهها لم يفسخ حكمه اصله اذا حكم با
الفرقة في اللعان ثم اكذب الزوج نفسه فان قيل حكمه لم يصادف الحقيقة في الباطن
فلم ينفذ اصله الحكم بالنكاح ذوات المحارم قيل له المعنى في الاصل انه لم يجعل للقاضي ولاية
فيه فلذلك لم ينفذ قضاوه في الباطن وفي مسالتنا قد جعل للقاضي ولاية في الابتدا هذا
العقد الا ترى ان له تزوج الصغيرة والمجنونة واذا شهد الشهود به يثبت الولاية
في الحكم فصادف حكمه موضعا له فيه ولايته فينفذ ظاهرا او باطنا فان قاسوا على القضا
بالاموال قلنا الاموال لم يجعل للقاضي ولاية في نقلها من شخص الى شخص فلذلك لم
ينفذ قضاوه فيها باطنا والعقود قد جعل له فيها ولايه في ابتدايها وفي فسخها فجاز
ان ينفذ حكمه ظاهرا او باطنا

كتاب القسمة

القسمة حق لازم في الاموال المشتركة اذا التمسها احد الشريكين والدليل على جوا
زها ان النبي عليه السلام قسم خيبر بين اصحابه وروي ان عليا رضي الله عنه نصب قاسما يقسم
بالاجر وهو فعل المسلمين الى يومنا هذا من غير نكير وتقف القسمة على طلب الشريك
لان كل واحد من الشريكين في الاشاعه ينتفع بملك صاحبه فكان له منعه من ذلك

وبالقسمة يقع المنع فتوقف عليه وقد قال اصحابنا اذا وقعت القسمة ... كالمكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت فيما ياخذه كل واحد منهما الشيء الذي هو حقه في الاصل ولهذا قالوا يجوز ان يبيعه مرابحة فاذا وقعت القسمة على ما يتفاوت كالثياب والعقار فيما ياخذه كل واحد من الشريكين فبعضه حق ملكه وبعضه عوضا عما له في يد الاخر ومعناه معنى المعاوضة ولا يجوز له ان يبيعه مرابحة

قال ش ينبغي للامام ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر وذلك لان القسم حق لجماعة المسلمين فاذا راى الامام ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال فقد صرف ذلك الى ما هو من مصالحهم ومال بيت المال معد لمصالح المسلمين فاذا فعله جاز قال ش فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر لان القسم يقع للخصمين فاذا راى الامام ان يكون الاجرة على من يقع له ذلك جاز قال ش ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لان القاضي يحتاج ان يرجع الى قوله في تمييز الحقوق فاعتبر فيه العدالة كالشاهد قال ش ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد لان الحق لهم فاذا رضوا بمن يتولاه جاز كالوكالة في البيع وسائر الحقوق ولان القسمة ان كانت في معنى العقد فعقد الانسان لا يقف على الحاكم وان كانت في معنى الحكم فلو تراضيا الخصمان برجل يحكم بينهما جاز وكذلك اذا تراضيا بمن يقسم بينهما قال ش ولا يترك القسام يشتركون وذلك لان في اشتراكهم اضرارا بالناس وهو زيادة الاجرة والتحكم عليهم فاذا كان مصلحة الناس في ان لا يشتركون منعهم من الشركة قال ش واجرة القسمة على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الانصباء وجه قول ابي حنيفة ان الاجرة يستحق بالتمييز

بالتمييز بالذرع بدليل انه لو ذرع ولم يتميز لم يستحق الاجرة ومتى تميز حق احدهم تميز حق الاخر تساويا في الاجر لما وقع العمل لهما على وجه سواء فان قيل هذا يؤدي الى ان يستغرق الاجرة نصيب صاحب القليل وهذا لا يجوز قيل له هذا خارج من العادة لا معتبر به ولان متى زادت الاجرة على قيمة نصيبه لم يقسم وجه قولهما ان الاجرة في مقابلة ... واقع في ملكهما فوجب ان يكون على قدر الملكين كمن استوجر على نقل طعام مشترك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة ان الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع وقال ابو يوسف عليهما وجه قول ابي حنيفة ان الطالب للقسمة انما طلبها لمنفعة نفسه والممتنع من القسمة انما يمتنع من ضرر يلحقه بها فلا يلزم الاجرة من لا منفعة له وجه قول ابي يوسف ان القاضي يجبرهم على القسمة وله ولاية في ذلك فصار ذلك بمنزلة القسمة في حق الصبي والمجنون قال ش واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة ادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وجه قول ابي حنيفة انهم لما اقروا بانه ميراث فقد اقروا انه على حكم ملك الميت وانما ينتقل اليهم بالقسمة فلم يجز للقاضي ان يصدقهم في ذلك ولا يعمل بقولهم الا ببينة كما لو حضر منازع ينازعهم في التركة وجه قولهما ان يد الورثة ثابتة على التركة وكل من في يده شيء فالظاهر انه له فجازت القسمة بقولهم كما لو ادعوا الشركة دون الميراث وانما قال يكتب في كتاب القسمة ان القاضي قسمها باعترافهم حتى لا يكون ذلك قضاء على شريك لهم اخر ولا على ما لك لها قال ش وان كان المال المشترك ما سوى العقار ادعوا انه ميراث قسمه في قولهم وهذا الذي ذكره

استحسان وكان القياس ان لا يقسمه لما ذكرنا في العقار وجه الاستحسان ان في قسمة العروض حفظا للميت الا ترى انه تحتاج الى الحفظ وان قسمها حفظ كل واحد منهم ما حصل في يده ولا يخاف عليها التلف فاذا قسمها صار ما حصل في يد كل واحد منهم مضمونا عليه والعقار لا يخاف عليه التلف وهو محفوظ بنفسه فلم تدع الحاجة الى قسمته

قال ش وان ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم هكذا ذكر محمد في كتاب القسمة وذكر في الجامع الصغير انه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك وجه الرواية الاولى ان المبيع بعد القبض ليس على ملك البائع وادعوا انتقاله اليهم فلا يقبل الا ببينة لو ادعوا الميراث والفرق بينهما ان قسمة الميراث يقضي الحاكم بالموت وذلك يتعلق به احكام كثيرة منها حلول الدين وعتق امهات الاولاد والمدبرين وهذه الاحكام لا يجوز اثباتها بقول الوارث فلهذا لم يحكم الميراث بقولهم وليس كذلك الشراء لان الملك يستحق فيه بقول البائع والمدعي المشتري يحكي قول غيره فجاز قبوله في اثبات الملك كما يقبل قول الرسول في الهدية قال ش وان ادعوا الملك ولم يذكر كيف انتقل قسمه بينهم لان من في يده شيء فالظاهر انه له فقولهم في القسمة دعوى على الرواية الاخرى ان لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لجواز ان يكون في ايديهم والملك لغيرهم وانما جعلنا لهم بالظاهر والظاهر لا يستحق به ملك الغير فلم تجز له القسمة مع الاحتمال قال ش واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لكل واحد منهم وله فيه منفعة واذا طلب احدهما القسمة اجبر الاخر عليها قال ش وان كان احدهم ينتفع والاخر يستضر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم وقال ابن ابي ليلى لا يقسم في الوجهين اما اذا كان الطالب للقسمة ينتفع

بنصيبه فهو يطالب بحق له ثابت فصحت مطالبته ولا معتبر باستضرار الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وللانسان ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه واما اذا طالب القسمة الذي يستضر فلا منفعة في القسمة فاذا لم يكن فيها منفعة فلا حق له فيها ومن لا حق له في الشيء لا يصح دعواه فيه فلا يقضى له وجه قول ابن ابي ليلى ان القسمة اذا كان فيها ضرر ليس للقاضي ان يتولاها كما لو اضرت القسمة بهما وهذا لا يصح لان في مسئلتنا صاحب النصيب القليل قد التزم هذا الضرر حين ملك شيئا يسيرا وما التزمه من الضرر يجوز ان يقضى به على من التزمه قال ش واذا كان كل واحد منهما يستضر لم يقسمها الا بتراضيهما لان كل واحد منهما لا حق له في المطالبة بما يستضر به واذا لم تصح المطالبة لم تصح القضاء فان تراضيا جاز لان القاضي انما لم يقسم مع وجود الضرر في الظاهر لحقه فاذا رضي جاز ان يكون له منفعة من وجه يعلمها هو فجازت القسمة بالتراضي

قال ش ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد وذلك لان التعديل ممكن فيها اذا كانت من صنف واحد وهذا هو المقصود من القسمة وهذه الجملة تحتاج الى تفصيل يوضحها ونحن نبين ذلك كالمكيل والموزون يجوز قسمته قليله وكثيره لان التمييز يحصل في جميع ذلك من غير تفاوت وكذلك تبر الفضة وتبر الذهب وتبر النحاس وكل صنف من ذلك يقسم لعدم التفاوت فيه ووجود التعديل في نصيب كل واحد من الشريكين وعلى هذا المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض يقسم بعضه في بعض لان التعديل ممكن فيه فاما الثياب والغنم والبقر وغير ذلك من الحيوان فيمكن فيه التعديل ايضا وهو ان يجعل كل اثنين منه بواحد او واحد ويقضى واحد بواحد فلما امكن ان يحصل نصيب كل واحد من الشريكين من ذلك الجنس معدلا جاز ان يقسم بعضه في بعضه وقد

قالوا في الثوب الواحد لا يجوز يستقيم القسمة فيه الا بقطع وذلك اتلاف جزء منه وفي ذلك
ضرر على المتقاسمين فلا يجوز للقاضي فعله ذلك وان تراضيا لم يفعله القاضي ايضا
لما فيه من اتلاف الملك ولكنهما يقتسمانه ان شاءا بانفسهما وكذلك الثوبان اذا
اختلفت قيمتهما لان الثوبين المختلفين لا يعدل احدهما بالاخر الا بزيادة دراهم
مع الاوكس وادخال الدراهم في القسمة لا يجبر عليها القاضي لان القسمة حق
في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب فاذا دخلت في القسمة الدراهم يقسم ما
ليس بمشترك وهذا لا يصح فان تراضيا على ذلك جاز للقاضي ان يقسم لانه لا اتلاف فيه
للمال فاما ثلثة اثواب فيقع القسمة فيها على القيمة ثوب بثوبين او ثوب ونصف
ثوب بثوب وذلك جايز وهي قسمة في بعض المشترك دون بعض لان كل واحد منهما
ينفرد بثوب ويبقى الشركة في ثوب وذلك جايز اذا لم يكن غيره وهذا مثل ان
يقسم الضيعة ويترك على الشركة وهو قسمة بعض الملك دون بعض كذلك هذا
قال **ش** ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض وذلك لان القسمة وضعت لتمييز
احد الحقين من الاخر وليس في الجنسين اختلاط تميز بالقسمة فيكون القسمة في
هذا الموضع معارضة والمعاوضة لا تجوز الا بالتراضي فان تراضوا بالقسمة
في الجنسين قسمه القاضي بينهم وعلى هذا الاواني من الفضة لا يقسم بعضها
في بعض لانها صارت بالصنعة في حكم الجنسين بدليل اختلاف القيمة وكذلك الاواني
من الصفر والرصاص وغيره فقد صارت بالصنعة في حكم الاجناس المختلفة وكذلك
القبا والقميص والجبة لا يقسم بعضها في بعض وان كان اصلها ثوبا واحدا لما ذكرنا
انها صارت في حكم الاجناس المختلفة وقد قال **ش** ابو حنيفة لا يقسم الرقيق

ولا الجوهر لتفاوته وقال ابو يوسف ومحمد يقسم الرقيق بعضه في بعض وبه قال الشافعي
وجه قول ابي حنيفة ان القسمة وضعت للتعديل والتعديل لا يمكن في الادمي لان من نفسه
خلاف ما هو عليه من الصفات فلم يوجد حقيقة القسمة فلم يجز وساير الحيوانات
بخلاف ذلك فان قيل فعلى هذا يجب ان لا يقوم المستهلك من العبد قيل له لما لم يكن من
التقويم بد قوم والقسمة منها بد فلم يجز ان يثبت من غير تعديل وجه قولهما
ان ما جاز بيعه جاز قسمته اصله الثياب والغنم ولانه جنس واحد كالغنم فاما ما ذكر
من الجواهر فان كان اجناسا لم يقسم بعضه في بعض فان انفرد منها امكن التعديل
فيه فجازت قسمته قال **ش** ولا يقسم حماما ولا بيرا ولا رحا الا ان يتراضيا الشركا
وذلك لان كل واحد منهما ينتقض بهذه القسمة ومتى كان في القسمة ضرر على
كل واحد من المتقاسمين لم يكن فيها حق لواحد منهما فلا يصح مطالبته بها فلا يلزم
القاضي فعله وكذلك الحايط بين دارين لا يقسم لان ذلك يكون بنقضه وهو اتلاف لملكهما
وذلك لا يجوز وعلى هذا الحانوت الصغير اذا استضر كل واحد منهما بقسمته
لا يقسمه لما ذكرناه فان تراضوا بالقسمة جاز برضاهما وانما لا يكون للقاضي
ان يجبر واحدا منهما عليها قال **ش** واذا حضر وارثان فاقام البينة على الوفاة
وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين
ونصب للغايب وكيلا يقبض ذلك لان كل واحد من الورثة قايم مقام الميت وخصم عنه
فاذا حضر اثنان فطالب احدهما الاخر بالقسمة قام المطلوب مقام الميت فجاز
ان يقضي عليه كما يقضي على احد الورثة بالدين المدعى على الميت فاما الغايب فالقاضي
قايم مقامه وله ولاية على الصغير فجاز ان ينصب عنه خصما ويقضي بالقسمة

وكذلك ان كان احدهم صغيرا قسم ونصب عنه وكيلا فاما اذا لم يقيموا البينة على
الوفاة وعدد الورثة فلا يقسم عند ابي حنيفة وقد بيناه فان كانوا كبارا او صغارا
لم يقسم ايضا بناء على ما قدمناه وعند ابي يوسف ومحمد يقسم ذلك بينهم ويعزل نصيب
الغايب وحصة الصغير ويشهد انه قسمها باقرارهم ويجعل الغايب والصغير
على حجته قالوا وان كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم لان كل واحد من
الشريكين ليس بخصم على الاخر والقاضي لا ولاية له على الغايب فلم يجز القضاء على
من لم يحضر ان يقوم مقامه وهذا قولهم من غير خلاف قال **ش** وان كان
العقار في يد الوارث الغايب لم يقسم وذلك لان القسمة فيها استحقاق يد الغا
يب وذلك لا يجوز ولان القاضي يقبل اقرارهم ويقسم بينهم لان الشيء في ايديهم فاذا
كانت اليد لغيرهم لم يبق له من الرجوع الى قول الغايب كما يرجع الى قولهم وعلى هذا
اذا كان في يد صغير قال **ش** وان حضر وارث واحد لم يقسم وذلك لان القسمة لا
تصح الا بين متقاسمين فاذا حضر واحد وليس له خصم لم يصح الحكم وليس كذلك
اذا حضر اثنان من الورثة لان الطالب للقسمة يقوم مقام نفسه والاخر يقوم
مقام الميت وحق الغايب يثبت على طريق التبع فيصح ذلك بينهما
والواحد لا يصح ان يكون مدعيا ومدعا عليه قال **ش** واذا كانت الدور مشتركة
في مصر واحد فقسمت كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وجه قول ابي حنيفة
ان الدور المختلفة بمنزلة الاجناس بدليل ان الوكالة لا تصح بشرى دار كما لا تصح
بشرى ثوب وتختلف باختلاف البلاد والمحال كاختلاف الاجناس والاجناس لا يقسم

بعضها في بعض كذلك هذا وليس كذلك الدار الواحد المختلفة البيوت لان في تفريقها
ضررا بدليل انه بيع واحدة فهو مثل الثوب الواحد وجه قولهما ان القاضي يفعل
ما هو الاصلح مع ايفاء حق كل واحد منهما ولهذا لا يقسم ما يضر بالجماعة وقد
يكون القسمة في الجملة انفع فكانت اولى وقد قال **ش** محمد لو كانت احدى الدارين
بالرقة والاخرى بالبصرة قسمت احديهما في الاخرى وقد قالوا في المنزلين المتلا
صقين من دار واحدة انه كالشيء الواحد ويقسم بعضه في بعض ولو كانا متفرقين في
موضعين من الدار كان بمنزلة الدارين قال **ش** وان كانت دارا او ضيعة او دارا
وحانوتا قسم كل واحد على حدته لانها اجناس مختلفة ولا يمكن التعديل فيها الا ان
يقسم كل واحد على حدته فاما قسمة بعضه في بعض فهو معاوضة وذلك لا يجوز
الا بالتراضي قال **ش** وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ويعدله ويذرعه
ويقوم الشيء ويفرد نصيبا على الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم
بنصيب الاخر تعلق ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث وعلى هذا
ثم تخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم
الثاني وقد روي عن ابي يوسف انه يجب ان ينظر القاسم هل ينتفع صاحب القليل
بنصيبه في الموضع الذي وقع فان استقام اقرع بينهم وان لم يستقم رد
القسمة الى وجه يستقيم قال **ش** ابو حازم قال هلال سالت ابا يوسف عن عشرة
اجربة بين رجلين لاحدهما تسعة وللاخر جريب اذا قسمت كل جريب منفردا كان
قيمته عشر قيمتها فاذا اجتمعت تسعة اجربة كان قيمتها اكثر من تسعة اعشار
كيف تقسم قال يقسم لصاحب الجريب قطعة قيمتها تسع قيمة التسعة الاجربة

الباقية قال ش ابو حازم وهذا صحيح والاصل المعتبر في هذا ان المقصود بالقسمة
التميز والتعديل فيجب ان يقسم الدار بالاجر ان كانت قيمتها متساوية وان كانت
مختلفة بدرع ثم يقرع بعد ذلك والذي ذكره ابو حازم غير صحيح لان زيادة نصيب
صاحب الكثير ليس هو معنى نعود الى الملك وانما هو لاجتماع ملكه وكثرته والزيا
دة لكثرة النصيب لا يجوز ان يضر صاحب القليل فوجب اعتبار قيمة الملك حال
الانفراد وقد قال ش ابو حنيفه القرعة في القياس لا يستقيم ولكنا تركنا القياس
في ذلك واخذنا بالاثار والسنة وجه القياس ان القرعة فيها تمليك معلق بخطر
الا ترى انما تخرج لكل واحد منهم ملكه وينقطع حق الباقين والقرعة لا تصح في استحقا
ق الحق وايجاب الملك وجه الاستحسان ان السلف استعملوها في القسمة من غير
نكير وقد روي ان النبي عليه السلام لما قسم خيبر جعلها سهاما وضرب لكل فريق سهم
والقرعة موضوعة لتطييب القلب وازالة التهمة لئلا يظن احدهم ان القاضي مال
الى خصمه ولو قال بعد القسمة هذا لهذا وهذا للاخر جاز قال ش ولا يدخل الدراهم
في القسمة الا بتراضيهم وهذا الذي ذكره صحيح ولو قال بعض الشركا اجعل قيمة
البنا ذرع من الارض وقال بعضهم اجعلها الدراهم فان القاضي يقسمها على الذرع
وذلك لان الذي يعطي الدراهم يجعل استيفا زيادة النصيب من الدراهم ويكون الدراهم
في ذمته فيجوز ان يسلم خصمه ويجوز ان لا يسلم فلا يجوز للقاضي ان يجعل ذلك ولان
القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا يجوز
قسمة ما ليس بمشترك فان فعل ذلك برضاهم جاز لانه قد لا يمكن القسمة الا ان
يعدل بالدراهم بين ذلك ان قيمة احد الجزين يكثر فلو عدلناه بالعرصة لم يبق

لصاحب البنا من العرصة ما ينتفع به فيعدل بالدراهم حتى ينتفع كل واحد منهما بالقطعة
من العرصة الا ان الاولى ان لا يفعل ذلك ما امكن لما بينا ان ذلك يكون بيعا والقاضي يجبر
على القسمة لا على البيع وقد قال ش مالك اذا كانت الدراهم كثيرة افسدت القسمة قال ش
فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في ملك الاخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف
الطريق والمسيل عنه فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر فان لم يمكن فسخ
القسمة وهذا مبني على مسالة وهي اذا اختلف الشركا عند القسمة فقال بعضهم
يرفع بيننا طريق وقال بعضهم لا يرفع فان الحاكم ينظر في ذلك فان كان يستقيم لكل
واحد منهم ان يجعل طريقا مستقيما في نصيبه فانه يقسم بينهم بغير طريق وان كان
لا يستقيم رفع بينهم الطريق وذلك لانه اذا امكن كل واحد منهم ان ينفرد بطريق بالذي
يحتاج من رفع الطريق بطلت قسمة الجميع والذي يختار جعل الطريق يريد القسمة
البعض والواجب ان يقسم جميع الملك المشترك اذا امكن قسمته من غير ضرر فاما
اذا لم يمكن فالواجب رفع الطريق بينهم على الشركة لانه لا ينتفع كل واحد منهم بنصيبه
والقسمة لا تصح وقوعها على وجه يضر بالمتقاسمين واذا ثبت هذا قلنا اذا
اقتسموا ولم يبينوا الطريق والمسيل فان قدر كل واحد من المتقاسمين ان يفتح
لنفسه طريقا ومسيلا في ملكه فانه يقطع طريقه ومسيله من نصيب شريكه
والقسمة جايزة لما امكن تمييز احدهما من حق الاخر وان كان لا يمكن الطريق
والمسيل الا في نصيب شريكه وان كانا قد شرطا في القسمة انما اصاب كل واحد
بحقوقه فان الطريق والمسيل يترك بحاله في نصيب الاخر لانه لا يمكن صرفه
الا بضرر فصار ذلك حقا له في نصيب الاخر وقد شرط له في القسمة الحقوق

وان كان لم يشرط في القسمة باطلة ويستانفها القسام على وجه يمكن كل واحد منهما
لنفسه طريقا ومسيلا لانه لما لم يشرط الحقوق لم يجز ان يستطرق نصيب شريكه
فنصيب قسمته لا ينتفع بها وهذا غلط من القسام فوجب ان يفسخها ويستانفها
على وجه صحيح وقد قالوا اذا اتفق الشركا عند القسمة على رفع طريق بينهم واختلفوا
في عرضه وطوله فانه يجعل على عرض باب الدار وطوله على اقل ما يكفيهم وذلك لان
الطريق يحتاج اليه ليسلك منه الى الدار كما يحتاج الى الباب كذلك فيما زاد على مقدار
الباب لا يدعو اليه الحاجة وقد قالوا في المتقاسمين اذا كان لاحدهما اطراف
خشب على حايط صاحبه في قسم شريكه فان كانت مما يمكن ان يجعل عليها سقف
لم يقطعها لانه لما لم يشرط قطعه في القسمة وهو مما ينتفع به كالعلو والروشن
وان كان اطراف الخشب لا ينتفع به كلف قطعه لانه اذا لم ينتفع به فليس من حقوق القسمة
فصار صاحبه شاغلا لهوا نصيب شريكه بغير حق فيومر بازالته وقد قالوا
لو كان في نصيب احدهما شجر اغصانها مظلة على نصيب الاخر فان الاغصان
يقطع لانه غير مستقر فصار كاطراف الخشب الذي لا ينتفع بها ذكر ذلك ابن سماعة
وروى ابن سماعة في نوادره انها لا يقطع لما فيه من الضرر بالشجرة وقد استحق
صاحب الشجرة الشجر على وجه لا يستضر به فصار بقا الاغصان حقا على شريكه
كاطراف الخشب وقد قالوا اذا وقع لاحدهما ساحة في القسمة لا بنا فيها
ووقع للاخر بنا فاراد صاحب الساحة ان يبني ساحته ويرفع بناه فقال صاحب
البنا تسد على الريح والشمس فلا ادع فلصاحب الساحة ان يرفع بناه ما بدا له
وليس للاخر ان يمنعه لانه ملكه يصنع فيه ما شا وهذا قولهم قالوا ولو اراد

ان يصنع في الساحة مخرجا او بيرا او بالوعة او اراد ان يبني حماما فليس لصاحب
البنا منعه وكذلك من جعل فيها رحا او قصارا لانه يتصرف في ملكه وان اضر بغيره
الا ترى ان الدكاكين الشارعة في الطريق يستضر اهلها بغبار الركاب والتراب
الذي يثيره الدواب ولا يمنع اهل الطريق من ذلك لانهم يتصرفون في حقهم وان
اضر بغيرهم وكذلك ارباب الحوانيت يوقدون النار فيها فيستضر بهم ماره ~~اذا كانوا~~
الطريق فلا يمنعون من ذلك لانهم يتصرفون في ملكهم كذلك هذا وعلى هذا رجل اتخذ
في ملكه مخرجا او بالوعة او بيرا يستقي منها الما فيبتز منها حايط جاره فطلب
جاره تحويل ذلك فانه لا يجبر على تحويله لانه ملكه يصنع فيه ما يشا ولو سقط
الحايط من ذلك لم يضمن صاحب البير لانه يتصرف في ملكه فليس يمنعه من ذلك
فلا يلزم الضمان بما تولد منه ولو فتح صاحب البنا في علوه وفي بنايه بابا او كوة
فطلب صاحب الساحة سد ذلك لم يكن له سده ولكن يبني في ملكه ما يستره من ذلك
وكذلك هذا في دار بين رجلين وذلك لان صاحب البنا لو اراد ان يرفع جميع البنا
لم يكن لجاره منعه وان كان فتح فيه بابا فقد رفع بعضه فلم يكن له منعه وقد
قالوا لو كوة عن شي يوذي جاره كان احسن به وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه
قال وصاني جبريل بالجار حتى ظننت انه يورثه واذا كان علو لا سفل له او سفل
لا علو له او سفل له علو فوقه كل واحد على حدته وقسم بالقيم ولا معتبر بغير ذلك
وهذا الذي ذكره قول محمد وقال ابو حنيفه يحسب في القسمة كل ذراع من السفل
الذي لا علو له بذراعين من العلو الذي لا سفل له وقال ابو يوسف ذراع من
السفل بذراع من العلو قال ش اصحابنا انما اجاز ابو حنيفه على عادة عرفها

بالكوفة من اختيارهم السفل على العلو واجاب محمد على حكم سابر البلاد وجه قول ابي حنيفة
ان السفل له منفعتان السكنى والحفر والعلو له منفعة واحدة وهو السكنى دون
البنا على اصله ان صاحب العلو لا يبني الا برضا صاحب السفل فلهذا جعل الذراع من
السفل بذراعين من العلو ليكون منفعتين بازا منفعتين واما ابو يوسف قال
صاحب العلو يسكن ويبني على اصله وكذلك صاحب السفل له ان يسكن ويحفر فتساويا
في المنفعة كذلك في الذرع واما محمد فانه يقول من البلاد ما يفضل العلو على
السفل مثل مكة وما والاها ومنها ما يفضل السفل على العلو مثل بغداد والكوفة
والمقصود تبيين الحقوق وتعديل الانصبا فوجب ان يرجع الي القيمة وصاحب
الكتاب اختار ذلك واذا ثبت هذا قال ش ابو حنيفة اذا ذرعت مائة ذراع
من السفل الذي لا علو له وما به ذراع من العلو الذي لا سفل له حسبها ستة
وستين ذراعا وثلثين لان العلو عنده بنصف السفل فيسقط من ذرع السفل
المنفرد للثلث ثم يذرع للعلو الذي لا سفل له فاذا كان مائة ذراع حسبه ثلث وثلثين
وثلثا لان العلو المنفرد له منفعة واحدة ولهذا قال في البيت الكامل الذي له
علو ان لكل ذراع منه ثلث منافع فيكون ثلثه اذرع من العلو وبذراع ونصف من
السفل الذي لا علو له وقال ابو يوسف اذا ذرعت مائة ذراع من السفل الذي
لا علو له جعلتها خمسين ذراعا من السفل والعلو وكذلك العلو المنفرد وقال
بشر بن الوليد كنت انا انظر الي المواضع التي تفاضل فيها السفل والعلو فاقو
مه على قدر ذلك وهذا هو قول محمد وهو الاحسن عندهم قال ش واذا
اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما وهذا الذي ذكره

قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يقبل وبه قال الشافعي وجه قولهما ان القاسم قايم مقام
الحاكم لا تلزمه خصومة فجاز ان شهادته كما يقبل قول الحاكم ولان الشهادة لا تقع
بالذرع وانما يقع بالتمييز وذلك لا يقع بفعله وانما يقع بخروج القرعة فصارت
شهادته بغير فعله فجاز وجه قول محمد ان القسمة فعله وشهادة الانسان
على فعله لا تجوز ولا يكون شهادة وانما يكون اقرارا وقد ذكر الطحاوي ان القسمة
متى كانت باجرة فانه لا تجوز الشهادة قال ش وان ادعى احدهما الغلط وزعم
انه اصابه شي في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفا لم يصدق على ذلك
الا ببينة وذلك لانه يدعي حق الفسخ في عقد عقده واقر باستيفا حقه فلا يقبل
دعواه الا ببينة فاذا اقام البينة قضي له بتمام حقه فان لم تقم له بينة استحلف
الشركا على ذلك كساير الدعاوي قال ش وان قال استوفيت حقي ثم اخذت
بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه وذلك لانه يدعي على شريكه الغصب فيكون
القول قول الشريك مع يمينه الا ان يقوم المدعي بينة قال ش وان قال اصابني
من موضع كذي ولم يسلم الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفا وكذبه شريكه تحالفا
وفسخت القسمة وذلك لانه اختلاف في المعقود عليه فصار كالاختلاف في قدر
المبيع فاذا قامت لاحدهما بينة اخذ بها كما قلنا في البيع قال ش ولو اقتسما
دارا واخذ كل واحد منهما طايفة ثم ادعى احدهما بيتا في يد الاخر وقال هذا فيما
اصابني وكذبه الاخر فعليه البينة فان اقاما البينة اخذت بينة المدعي لانه
قد اجتمع بينة الخارج وصاحب اليد ○ ولو اقتسم رجلان مائة شاة فاصاب
احدهما خمسة وخمسين واصاب الاخر خمسة واربعين ثم ادعى صاحب الاوكس

الغلط في القسمة وقال اخطانا في تقويمها فان القسمة لا تنفسخ ولا يقبل منه في ذلك
بينة لان القيمة تختلف باختلاف الاجتهاد والاوقات فاذا هي على القسمة وقت
لم تقبل البينة بعد ذلك لجواز ان تكون القيمة اختلفت ولو قال ش اخطانا في العدد
وهذه الخمسة غلط كان من تقال الاخر قد اقتسمنا على هذا ولا بينة بينهما والغنم قايمة
بعينها تحالفا وترادا ○ واذا اقتسم الرجلان الدارين فاخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى
احدهما الغلط واقام بينة قضي له بذلك الذرع ولا تنفذ القسمة وفي قياس قول
ابو حنيفة القسمة فاسدة وهو فرع على اختلافهم في بيع اذرع من دار قال
ابو حنيفة لا يصح فلو لم ينقض القسمة لرجع باذرع من الدار الاخرى وتمليك ذراعي
من دار لا يجوز ولان عنده الدارين لا يقسم احديهما في الاخرى الا بالتراضي فهو
في معنى البيع فلا يصح على هذا وعلى قول ابي يوسف ومحمد القسمة فيها معنى البيع
بدليل ان القاضي لا يقسمها الا اذا كان ذلك اصلح فليست قسمة محضة واذا
صارت في معنى البيع لم ينقض بالغلط ووجب استيفا الزيادة من الدار الاخرى
وذلك عندهما لا يفسد البيع لان بيع ذراع من دار جايز ولا يشبه ○ الدار الواحدة لان
الغلط في الذرع فيها يوجب الرجوع باذرع من احد النصيبين فيبقى الشركة بحالها
وليس فيها معنى البيع ان ينقض ويستانف على الوجه الجايز على قول ابي حنيفة
قال ش واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم يفسخ القسمة عند
ابي حنيفة ويرجع بحصة ذلك من نصيب شريكه وقال ابو يوسف يفسخ ○ وجه
قول ابي حنيفة وهو قول محمد ان القسمة فيها معنى البيع ومعلوم ان المتبايعين
اذا استحق بعض نصيب احدهما كان الخيار ان شا اخذ الباقي ورجع بحصته

وان شا فسخ البيع كذلك القسمة ولان الاستحقاق اذا حصل في نصيب احدهما بعينه ثبت
للمستحق عليه عوض ما في يد الاخر وكان الدار قسمة ابتدا كذلك ويجوز القسمة بان
ياخذ احدهما بعض حقه بعينه ويبقى ما فيه حصة شريكه فاذا جاز ابتدا القسمة
على هذا جاز حال البقا وجه قول ابي يوسف ان الاستحقاق يتبين به انه كان لهما
شريك ثالث فاذا كانت الدار بين ثلثة فاقتسمها اثنان منهم لم يصح كذلك هذا ولان
الاستحقاق يودي الى الاشاعة في نصيب الاخر فصار كما لو كان لهما شريك ثالث
والجواب ان الشريك الثالث يثبت حقه في جميع الدار فلم يصح القسمة من دونه
وليس كذلك الاستحقاق في مكان بعينه لانه يودي الى الاشاعة في البعض وابتدا القسمة
يصح على هذا كذلك حال البقا ومثال هذه المسلة ان يقسما بها اثلاثا فاخذ صاحب
الثلث من مقدمها وقيمته ست مائة وياخذ الاخر الثلثين من موخرها وقيمته
ستمائة ثم يستحق النصف مما في يد صاحب المتقدم فانه يرجع الى صاحب الموخر
عند ابي حنيفة بربع ما في يده وقيمة ذلك مائة وخمسون على هذا ولو اقتسما مائة
شاة بينهما فاخذ احدهما اربعين شاة تساوي خمسمائة واخذ الاخر ستون شاة
تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة فانه يرجع خمسة
دراهم في ستين في قولهم لانا بينا ان كان لهما شريك ثالث فيقبض على قول ابي
يوسف وعلى قولهما يضرب صاحب الاربعين في الستين شاة بخمس دراهم
وصاحب ستين باربع مائة وخمس وتسعين لانا بينا ان مالهما كان الفا الا عشرة
وقد حصل لصاحب الاربعين اربع مائة وتسعين وكان يستحق خمسة وتسعين
فقد بقي له خمسة دراهم وقد قال ش اصحابنا ان المهايات في المنافع المشتركة

عقد جايز اذا طلب احد الشريكين وقال الشافعي لا يجوز لنا قوله تعالى هذه ناقة لها
شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا مهايات ولان المنافع ملك مشترك تجوز
استحقاقه في المعقود عليه فجاز وقوع القسمة فيه بالاعيان فان قيل المهايات تمليك
منافع بمنافع من جنس واحد فهي اجارة والاجارة لا يكره عليها القاضي قيل له هذا
ينتقض بالاعيان لان قسمتها في معنى البيع ولا يجوز الاكراه على البيع فان قيل ذلك تمييز
وليس ببيع قيل له كذلك هاهنا هو تمييز لحق كل واحد منهما وليس باجارة فان طلب
احدهما المهايات وطلب الاخر قسمة الاصل فهو اولى لان القسمة هي الاصل والمها
يات تثبت بدلا عنها واذا كان الدار بين رجلين فتهايا على ان كل واحد منهما طايفة
منها يسكنها جاز لان قسمة الاصل تجوز كذلك المهايات ولو شرط كل واحد منهما
ان يشغل ما اصابه بالمهاية جاز لان المهاية قسمة المنافع فقد ملك كل واحد منهما
ما حصل له فله ان ياخذ عوضه وعلى هذا الدارين الثلث وهو ظاهر على قولهما
لجواز القسمة في دارين وعلى اصل ابي حنيفة لا يجوز كما لا يجوز القسمة في الاعيان
وكذلك لو كانت دارا واحدة صغيرة فتهايا على ان يسكن هذا شهرا وهذا
شهرا جاز لانه لا يمكن الا بتقديم منفعة احدهما على الاخر فجاز ويكون في معنى
العارية لان قسمة الاصل لا يجوز على هذا الوجه والمهايات معتبرة بقسمة
الاصل ولو كان بينهما نخل وشجر فتهايا ان ياخذ كل واحد منهما طايفة يستثمرها
لم تجز لان المهاياة تختص بالمنافع فلو جوزنا في مسئلتنا استحق بها الاعيان
وذلك لا يصح

فصل من كتاب الشرب

قال النبي عليه السلام الناس شركاء في ثلث الما والكلا والنار وهذا يقتضي ان يكون الما

ما دام على اصل خلقته مشتركا وسوا كان في الانهار او العيون ولا يكون صاحب النهر
والعين احق به من غيره فاذا احازه بانا وغيره صار ملكه وكان اخص به وجاز له بيعه
وان اتلفه متلف ضمنه بالاجماع الا ترى ان الناس يبيعون الما في الظروف والقرب
الى يومنا هذا من غير نكير وكذلك الكلا على اصل الاباحة وهو الحشيش الذي ينبت من
غير ان ينبته احد فان قطعه قاطع واحرزه ملكه وصار اخص به وجاز بيعه كما قلنا
في الما والمراد بالشركة في النار الاشتراك في ضوها فاما الجمر فهو ملك لصاحبه لا يجوز
لاحد اخذه الا باذنه والنار هي اللهب فيه وهذه الشركة التي ذكرها النبي عليه السلام هي شركة
اباحة لا شركة املاك لانه غير مملوك في الاصل وانما معناها ثبوت حق كل واحد منهم
فيما يبتدي اخذه منه واذا ثبت هذا قلنا ما كان من الما في الانهار التي هي لجماعة المسلمين
مثل الدجلة والفرات فليس لاحد من الناس كلهم ان يمنع احدا من السقي منها للشفه
ولا غيرها ويجوز لمن احيا ارضا على هذه الانهار ان يشق لها نهرا من هذه الانهار
العظام الا اذا كان لا يضر بالنهر فان اضر فلكل احد منعه من ذلك وذلك لان الانهار
العظام لجماعة المسلمين لا يختص بها احد كشوارع التي لا يختص بها احد فجاز لكل
واحد منهم ان ينتفع بها من غير اضرار بغيره كما له ان يحتاج في الطريق ويجلس فيه فاذا
اضر جاز منعه بالناس كان لكل واحد منعه واما النهر الخاص والعين والبير
فلصاحبها ان يمنع غيره من يسقي زرعه منها ولا يمنعه من الشرب في الاصل
في ذلك ان النبي عليه السلام جعل البير حريما حتى لا يحفر احد الى جنبه بيرا اخرى
فيضر بها فلو جوزنا لكل احد ان يسقي زرعه كان ذلك اضر من حفر البير الى
جنبها فلذلك لم يجز وليس كذلك الشرب لانه قد لا يقطع صاحب البير عنها

ولا يضر سقيها فان اذن لبعض الناس بالسقي جاز لان المنع حقه فاذا رضي فقد اسقط
حقه ولا يجوز ان يبيع شرب يوم او اكثر لانه ان باع الما فقد باع ما لا يملكه وباع
ايضا مجهولا لم يصح وان باع حق السقي والحقوق لا يجوز بيعها لان العقد انما يعقد
على عين ولم يوجد ذلك واذا استاجر الشرب واشترط شرب هذه الارض لم يصح
ايضا لان الاجارة انما تصح على المنافع والشرب يقصد منه الما وهو عين فلا يصح
ان يستحق بعقد الاجارة ● ومن استاجر الشري ارضا مع الشرب جاز فكذلك
اذا استاجرها مع الشرب لان العقد يقع على الارض والشرب تبع وقد يستحق
بالعقد على وجه التبع ما لا يجوز ان يفرد بالعقد اصلا اعضا العبد ولو اشترى
مسيل ما او استاجره لم يصح لان الشري يقع على حق المسيل والحقوق لا يجوز
بيعها والاجارة يقع على منافع البقعة التي يسيل فيها الما وذلك مجهول فلا يصح ● واذا
اشترى الرجل ارضا فليس له شربها ولا مسيل مايها لان العقد على الارض والمسيل
والشرب غير الارض فلا يدخل في اطلاق العقد كارض اخرى وان اشترط ذلك دخل
في البيع على وجه التبع ● ولو اشتراها بكل حق هو لها كان له المسيل والشرب لان
ذلك من حقوقها وكذلك اذا شرط مرافقها دخل في البيع ● وكذلك اذا شرط كل كثير
وقليل هو لها ومنها لان معنى ذلك من حقوقها وانما حذف المضاف اليه ● واذا
استاجر ارضا فليس له مسيل ولا شرب في القياس لان العقد وقع على الارض و
الشرب والمسيل خارج عنها فلا بد من تسميته والاستحسان ان يكون له لان
المقصود بعقد الاجارة الانتفاع به ولهذا لا يصح اجارة ما لا ينتفع به ولا
يمكن الانتفاع بالارض للزراعة الا بالشرب والمسيل فدخلا من غير تسمية ●

واما اذا كان النهر بين قوم لهم عليه ارضون ولا يعرف كيف كان اصله بينهم فاختلفوا
فيه واختصموا في الشرب فالشرب بينهم على قدر اراضيهم لكل رجل بحصته
وذلك لان النهر انما يراد لسقي الارض فاذا اختلفوا ولا دلالة لواحد منهم على الاخر
في التفضيل والمساواة وجب ان يسقط على قدر اراضيهم فان قيل فقد تساووا في ثبوت
ايديهم عليه فوجب ان يتساووا فيه قيل له ايديهم انما يثبت بالايدي ويستبيها وهي مختلفة
فاختلفوا ايضا باختلافها ولا يشبه هذا الطريق اذا كان بين جماعة ودار احدهم
اوسع من دور الباقين انه لا يستحق بذلك زيادة في الطريق لان الاستطراق الى الدار
الكبير مثل الاستطراق الى الدار الصغير فتساويا في الانتفاع وفي ثبوت اليد وليس كذلك
الارضين لان قدر ما يحتاج يسقي الارض الكبير يخالف مقدار ما يسقي الصغيرة فلذلك
اختلفا فان كان الاعلى منهم لا تشرب ارضه حتى يسكر النهر عن الاسفل لم يكن
له ذلك ولكن يشرب بحصته وذلك في النهر حق صاحب العلو اذا سكر الما قطعه
عن الاسفل في تلك المدة وليس له ذلك وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال اهل السفل
الوادي امرا على اهل عاليه اذا بلغ الما الكعبين وذلك لانه اذا بلغ هذا المقدار امكن ان
تجري اليهم فيكون لاهل الاسفل منع اهل الاعلى من سده عن اراضيهم فان رضي
جماعتهم بسده حتى يشرب جاز لان المنع لحقهم فاذا رضوا اسقط حقهم فلو اراد
احد الشركا ان يحفر منه نهرا لم يكن له قبل ذلك لم تجز الا برضا شركايه لانه يريد ان
يثبت لنفسه حقا لم يكن فلا يجوز كما لا يجوز ان يفتح من الطريق المشترك طريقا للملك
تخص به لم يكن وكذلك ليس له ان يبني على النهر رحا اذا كان موضع البنا لجماعتهم
لانه يودي الى ان ينفرد بمنفعة تلك البقعة مع الشركة وذلك لا يجوز فان كان موضع

الرجا في ملكه ولم يضر ذلك بالنهر ولا بالماء جاز لان الما اذا كان يجري على شبه من غير نقصان لم يسقط بذلك حق الشركا به الا نرى انه لا فرق بين ان يسيل الما على الرحا او على غير ذلك ولا الانتفاع على وجه لا يضر لشركائه ٥ وقد قال ش ابو يوسف لو اراد ان يعمل رحا ويحفر نهرا من هذا النهر ليدير الرحا ثم يعود الى النهر من غير ان يضر والما قال ليس له ذلك لانه عدل بالما عن سمته فلا يكون له ذلك كما لا يكون له لو اراد ان يعدل بالنهر الى ملكه ثم يعيده اليه واذا اراد هولا القوم ان يكروا هذا النهر قال ابو حنيفة عليهم جميعا ان يكروا من اعلاه فاذا جاوز ارض واحد رفع عنه حصته وكان على من بقي وقال ابو يوسف ومحمد الكري عليهم جميعا من اوله الى اخره بيان ذلك ان النهر اذا كان بين عشرة لكل واحد ارض عليه فان الكري من فوهة النهر الى ان يجاوز شرب اولهم بينهم على عشرة اسهم على كل واحد سهم فاذا جاوز شرب الاول خرج من الكري فكان الكري بعد ذلك بين الباقين على تسعة اسهم فاذا جاوزت في شرب الثاني سقط عنه النفقه وكان الكري بعد ذلك على الباقين على ثمانيه اسهم وعلى هذا الترتيب على هذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد النفقة بينهم على عشرة اسهم من اول النهر الى اخره وجه قول ابي حنيفة فهو ان النهر مشترك بين جماعتهم لا يتوصل احدهم الى شربه الا بحفرها فكانت النفقة بينهم بالسوية فاذا جاوز شرب الاول فلا حق له في حفر ما بعد ارضه فلا يجوز ان يلزمه فوجب على من بعده وجه قولهما ان لصاحب الارض العليا منفعة في حفر اخر النهر كما ان لصاحب السفلى منفعة في حفر اعلاه الا ترى ان الما اذا لم ينفذ من مسيله الى اخر النهر افسد اوله وانظر واذا كان له منفعة شارك في النفقة الجواب

الجواب ان حقه فيما بعد ارضه انما المسيل فضل مايه والنفقة لا تجب على المسيل اذا كان في ملك غيره وان انتفع به الا نرى ان من له مسيل على سطح جاره لم يكن عليه عمارة السطح وانما يجب ذلك على صاحب السطح خاصة كذلك في مسئلتنا ٥ وسيل ابو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم قريب من الفرات اذا دخل مرو وكان ماوه قسمه بين اهلها بالحصص لكل قوم كوى معروفة بالحور جلا كانت موانا ولم يكن لها من ذلك شرب فحفر لها نهرا فوق مرو وموضع ليس يملكه احد ولم يكن النهر في ملك احد قال ش وان كان النهر يضر باهل مرو ضررا بينا في مايهم فليس له ذلك ويمنعه السلطان وان لم يضر بهم فهو له وهذا صحيح لان النهر الذي ليس بملك هو لجماعة المسلمين فاذا اراد احدهم الانتفاع به ولم يلحق به ضررا جاز له وان اضر بهم لم يجز قيل له فان كان لرجل منهم كوا معروفه له ان يزيد قال ش وان كانت الكوة في النهر الاعظم وزادة في ملكه وكان ذلك لا يضر باهل النهر فله ذلك لان حق الانتفاع بالنهر العظيم لا يختص الا ترى ان من لا شرب له اذا استخرج منه شربا لا يضر باهله جاز فمن له شرب اذا زاد في شربه ولم يضر بغيره اولى ويسال عن نهر خاص لقوم ياخذون من هذا النهر الاعظم له كوا مسماة بين قوم لكل رجل منهم من هذا النهر كوا مسماة اذا اراد ان يزيد فيها كوة قال ش ليس له ذلك فان كان لا يضر باهل النهر وذلك لان هذا النهر مملوك وليس لاحدهم ان يستوفي منه زيادة على حقه وان لم يضر شركايه كما ليس له في الطريق الخاص ان يستطرق منه الى ملك اخر وان لم يضر بهم وليس لاحد من اهل هذا النهر ان يعمل جسرا ولا قنطرة الا برضايهم لان حق جميعهم في النهر مشترك ٥ وسيل عن نهر رجلين لهما فيه اربعة كوا فاراد احدهما ان يجعل الجميع

كوتين اخريين من اسفل النهر او حفر فيه نهرا الى ارضه برضايهم فاقاموا على ذلك زمانا ثم بدا لاحدهما ان ينقض ذلك فله ان ينقضه لانهما عارا موضع النهر فلكل واحد ان يرجع في عاريته وليس لشريكه ان يغير بغير رضايه مع الشركة والله اعلم

كتاب الاكراه

الاكراه معنى يفعله الانسان بغيره يزول معه الرضا وله تاثير في تغير الاحكام في بعض الاحوال فاعتبر بعض اصحابنا ذلك بالهزل فقالوا اما اثر فيه الهزل اثر فيه الاكراه وما لا يوثر فيه الهزل لا يوثر فيه الاكراه كالنكاح والطلاق واعتبره بعضهم بشرط الخيار وقال ش ما اثر فيه شرط الخيار اثر فيه الاكراه وما لم يوثر فيه الخيار لا يوثر فيه الاكراه قال لان الاكراه يمنع الرضا كالخيار المانع من الرضا قال ش رحمه الله الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا وذلك لما بينا ان الاكراه هو ما منع الرضا وهذا انما يكون اذا خاف من حصول ما توعد به فيفعل ما اكره عليه من غير اختيار فاذا كان الذي توعده غير قادر على ايقاع الفعل به لم تحصل الخوف فاذا فعله من غير اختيار ورضا فلا يثبت لتوعده حكم وقد قال ش اصحابنا ان الاكراه يعتبر فيه اربع شرائط في وصف المكره وهو ان يكون قادرا على ايقاع ما توعد به ولهذا يستوي فيه السلطان وغيره وقد بينا ذلك ووصف المكره وهو ان يغلب على ظنه ان المكره يوقع به ما توعد به فان غلب على ظنه انه لا يفعل به لم يكن مكرها ووصف ما توعد به فتارة يتوعد بالقتل وتارة باتلاف عضو او بالضرب العظيم او القتل او الحبس والقيد وذلك يختلف بحسب ما اكره عليه ونحن نبين ذلك في التفصيل ووصف ما اكره على ايقاعه فتارة يكون لحق الله تعالى وتارة يكون لحق المكره وتارة

يكون لحق ادمي اخر قال ش واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شرا سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجره دارا فاكرهه على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى ان شا امضى البيع وان شا فسخه ورجع بالمبيع وذلك لان هذه العقود تختلف بالجد والهزل ويوثر فيها عدم الرضا وكذلك الاقرار بالمال الا ترى المقر والمقر له لو اتفقا انهما كانا هازلين لم يلزم الاقرار والاكراه له جميع ما ذكره ينفي الرضا فيه الاكراه ولم ينفذ شي من ذلك ويكون موقوفا على اجازته ان شا امضاه وان شا فسخه ويسترجع ما وقع وعلى هذا كل تمليك يلحقه الفسخ كالهبة والعارية والاجارة وغير ذلك ولو قال السلطان له لاضربنك سوطا او لنحبسنك يوما او لنقيدنك يوما وهو لا يخاف اكثر من ذلك فليس ذلك باكراه وهو بمنزلة قولهم لنشتمنك قال محمد فليس في هذا وقت ولكن ما يحصل به الضرر البين في الاغتمام البين هو اكراه ولا يعرف ذلك شيا لا يمكن ان يزاد عليه ولا ينقص منه بل هو ما يراه الحاكم اذا رفع اليه في ذلك اعتبار ما ينفي الرضا وذلك يختلف باختلاف الناس فرجع في تقديره الى الاجتهاد ولهذا قالوا ان السوط الواحد والقيد الواحد في اليوم الواحد اكراه في حق بعض الناس لان من الناس من يستضر به ويقدح في مروته وجاهه فان قيل الاكراه عندكم بمنزلة شرط الخيار وشرط الخيار لا يوثر في الاقرار بالمال قيل له الخيار يصح قوله في الاقرار الا ترى انه اذا شرط الخيار في البيع فقد لزمه الثمن وله فيه الخيار وانما لا يوثر الخيار اذا اطلق الاقرار لانه لا يصدق على اثبات الخيار فيه قال ش وان كان قبض الثمن طوعا فقد جاز البيع وان قبضه مكرها فليس باجازه وعليه رده ان كان

قايمًا في يده وذلك لان البيع يتعلق به الاستحقاق بعقده وغرض حصول ما يتعلق
به الاستحقاق واذا حصل عرضه بالعقد خرج القبض من ان يكون مكرها
عليه فاذا دفع المبيع من غير اكراه دل على الرضا في العقد ولا يشبه هذا
اذا اكره على الهبة دون القبض فوهب واقبض انه لا يكون ذلك رضا منه بالهبة
وذلك لما بينا ان غرض المكره حصول ما يتعلق به الاستحقاق وعقد الهبة لا
يتعلق به الاستحقاق فصار الاكراه عليها اكراها على القبض الذي هو الاية و
البيع بخلافه واما اذا اكره على القبض في البيع ففعل ذلك فلم يوجد منه ما يدل
على الرضا بالبيع ويرد ذلك ان كان في يده وقد قالوا لو اكرهه على بيع فوهب
جاز ذلك ولم يكن مكرها لان الهبة عقد مخالف للبيع فنفذ عليه ولو اكره على
ان يقر بالف فاقر بخمسمايه فهو باطل لانه مكره على الالف وعلى ابعاضها ومن اقر
بمايه دخل تحت الاكراه لم يلزمه ولو اكرهه على ان يقر بالف فاقر بالفين لزمه الف
واحد وذلك لانه مكره على احد الالفين والالف الاخرى لم يكره عليها فهو ابتدا اقرار
بها فيلزمه فان قيل هلا كان هذا كما قال ابو حنيفة رحمه الله في شاهدين شهد
احدهما بالف وشهد الاخر بالفين انه لا يثبت لان كل واحد منهما يشهد ما شهد
به الاخر كذلك هذا وجب ان يلزمه الفان لانها غير الالف قيل له المعتبر عند
ابي حنيفة في الشهادة اتفاق الشهود في اللفظ والالف غير الالفين في اللفظ
وليس كذلك الاكراه لان المعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ لان غرض
المكره التخلص باقراره من الاكراه ويفعل ما اراده المكره وقد اتفقا في الالف
في المعنى وان اختلفا في اللفظ وعلى هذا قالوا لو اكرهه على بيع جاريته من

هذا بالف وقيمتها عشرة الاف درهم فباعها انه باقل من الف فالقياس ان البيع جايز
لانه عدل عن الثمن الذي سمي له الى غيره فدل على انه اجاز ذلك فلزمه الاستحسان ان البيع
باطل لان غرض المكره بالاكراه اتصال المنفعة الى المشتري وغرض المكره ان يفعل
ما يوافق المكره ليتخلص من وعيده وهو اذا انقص من الثمن الذي ذكر له اقرب الى
التخليص فعلم ان ذلك من جملة ما يتناوله الاكراه ولم ينفذ ولو باع بالفين لزمه
بكل حال لانه عدل عما سمي له ولم يكن فيه ما يوافق غرض المكره فصار بيعا مبتدا
فلزمه • وقالوا لو اكره على ان يقر بالف درهم فاقر بمايه دينار لزمه لان الدنانير
غير الدراهم فهو ابتدا الاقرار فيلزمه ومن اصحابنا من قال انما لزمه لان مايه
دينار اكثر من الف درهم في العاده فلما عدل عن الجنس والقدر لزمه ولو اقر بدنانير
قيمتها الف او اقل لم يلزمه ومن اصحابنا من حمل المسلة على ظاهرها وقال الدراهم
والدنانير في البياعات قد اجريا مجرى الجنس الواحد استحسانا ولم يوجد ذلك
في الاقرار فبقي على اصل القياس وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره
ضمن وذلك لان الثمن انما يلزم في عقد صحيح اذا تم والمشتري قبض مال البايع بغير
اختياره فاذا لزمه قيمته قال ش وللمكره ان يضمن المكره ان شا وذلك لان
فعل المكره ينتقل الى المكره ويصير المكره بمنزلة الاله فكان المكره سلم ذلك
الى المكره الى المشتري ويصير كالغاصب وغاصب الغاصب فيضمن ايهما شا
وقد قالوا اذا اجاز المكره البيع بعد الاكراه او وجد منه ما يدل على الرضا صح
كالبيع الموقوف لان فعل المكره ينتقل الى المكره فكانه باع فاذا اجاز المالك جاز وقد
جعله محمد تارة بمنزلة البيع المشروط فيه الخيار للبايع لان المكره لم يرض

بخروج الشي من ملكه فاذا اجاز صار كاسقاط الخيار وجعل تارة اخرى بمنزلة البيع اذا
الحق به شرط فاسد ثم اسقط لان العقود والاكراه مانع من تمامه فهو كالشرط
اذا بيع النفسه شرطا فاسدا وقد قالوا لم يجز البايع البيع حتى اعتق المشتري
نفذ عتقه وتدبيره واستيلاده في الامه وذلك لان البايع قد سلط المشتري
على التصرف والاكراه لا يمنع صحة التسليط على العتق كما لا يمنع نفوذ العتق
اذا اكره عليه فصار هذا العقد في الاحكام التي تلحقه الفسخ بمنزلة البيع الموقوف
والمشروط فيه الخيار وفي الاحكام التي لا يلحقها الفسخ كالبيع الفاسد اذا
قبضه المشتري نفذ عتقه فيه وانما كان كذلك لان التسليط على العتق مع الاكراه
صحيح فيصير كالتسليط في العقد الفاسد والتسليط على البيع في الاكراه لا يصح فصار
كالموقوف يفارق العقد الموقوف من وجه وهو ان التسليط يوجد هنالك من المالك وجد
في هذا الموضع وان كان معه اكراه وفارق البيع المشروط فيه الخيار من وجه وهو
ان هاهنا ثبت من طريق الحكم قال ش رحمه الله ومن اكره على ان ياكل الميتة
او يشرب الخمر اكرهه على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكون ما يخاف
منه على نفسه او على عضو منه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه ولا
يسعه ان يصبر على ما يوعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو اثم والاصل
في هذا ان الله تعالى اباح الخمر والميتة عند الضرورة بقوله الا ما اضطررتم اليه
فاذا اكره بحبس او قيد فليس فيه تلف نفس فلم يكن مضطرا اليه ولم تجز له فعله
فاذا اكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضايه فقد صار يجاز له الاقدام
على هذه المحرمات كما جاز له ذلك اذا خاف التلف بترك تناولها عند الضرورة وكذلك

ان يوعد بضرب يخاف منه على نفسه او عضو من اعضايه ولا يتقدر ذلك بل يعتبر
هذا المعنى ولا يسعه في هذه الحال ان يصبر على ما يوعد به لان الله تعالى يقول فمن اضطر
غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وهذا مضطر ولان تحريم تناول الميتة والخمر معلوم
بالشرع ولم يحرمها الشرع في حال الضرورة فصارت في هذه الحال كالطعام المباح
ومن اكره على طعام مباح ولم يفعل حتى نزل به ما يوعد به كان اثما كذلك هذا قال ش
اذا قالوا لنوجعنك او يشرب الخمر على وجهين ان كان يعلم انه اذا امتنع من الشرب
حتى ياتي من الوجع ما يخاف منه التلف لم يتركهم ثم بدا فازالوا عنه الاكراه لم يجز له
ان يتعجل تناولها لان الضرورة لم تحصل وان كان يغلب في ظنه انه اذا امتنع من الشرب
ثم رجع فاستدعاها منع لتنشرها لم يمكنوه من الطعام جاز له ان يشربها في الحال
لان الخوف موجود قال ش وان اكره على الكفر بالله تعالى او سب النبي عليه السلم
بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بما يخاف منه على نفسه
او على عضو من اعضايه فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري
انما لا يكون الحبس والقيد وما اشبه ذلك اكراها في هذا الموضع لان تحريم الكفر اكد
من تحريم الشرب للخمر الا ترى ان تحريم الكفر معلوم بالعقل والشرع ولا يبيحه
الضرورة وانما يبيح اظهاره مع التوبه فلما لا يكون اكراها في شرب الخمر فلان
لا يكون اكراها هاهنا اولى فاما اذا خاف على نفسه او على عضو من اعضايه
فهو اكراه والاصل في جواز اظهار الكفر عند الاكراه ما روي ان المشركين اخذوا
عمار بن ياسر وهددوه حتى قال في الهتهم خيرا ووقع في رسول الله شرا فلما جا الى
النبي عليه السلم قال شر واخبره بما اكرهوه عليه قال فكيف وجدت قلبك فقلت مطمين
بالايمان

فقال ان عاد وا فعد قيل ان قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمين بالايمان نزل في حق عمار
بن ياسر ولكن من شرح بالكفر صدرا في عبد الله بن سرح قال ش فاذا اظهر ذلك
وقلبه مطمين بالايمان فلا اثم عليه وان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا
وذلك لما روي ان المشركين حبيب بن عدي بن زيد فباعوه من اهل مكه فقالوا له
لنقتلنك او لتذكرن الهتنا بخير وتشتم محمدا وكان يشتم الهتهم ويذكر محمد عليه السلام
بخير حتى قتلوه فقال النبي عليه السلام هو رفيقي في الجنه ولان الكفر لم يبح بحال وانما رخص
له اظهاره من غير اعتقاد فاذا صبر ولم يظهر الكفر وقد قصد بذلك اعزاز
الدين فهو اولي من اظهاره وقالوا ان شتم المسلمين وقذفهم من مظالم العباد
وذلك غير مباح بحال وتحريمه معلوم بالعقل فهو كالكفر والصبر فيه اولي
قال ش وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من
اعضايه وسعه ان يفعل ذلك وذلك لان مال الغير يكون استباحته لدفع الضرر
عن نفسه فصار كما خاف التلف عند الجوع فاكله فلا اثم بذلك قال ش ولصاحب
المال ان يضمن المكره لما بينا ان فعل المكره ينتقل ويصير المكره بمنزلة الاله فصار
كالمكره هو الذي باشر الفعل وهو اتلاف المال فلزمه الضمان قال ش وان اكره
رجل بقتل علي قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل وذلك لان قتل المسلم
لم يبحه الضرورة بحال فما يفعله حال الاكراه انما يجوز له الاقدام عليه للضرورة فما
لم يبحه الضرورة بحال لا يبيحه الاكراه قال ش فان قتله كان اثما وذلك لان اقدم علي
ما لا يجوز له الاقدام عليه بحال فاثم بذلك قال ش والقصاص على الذي اكره
هذا ان كان القتل عمدا وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفه ومحمد وهو قول الشافعي

وقال ابو يوسف عليه الدية وقال زفر القصاص علي المكره وجه قولهم علي زفر انه لا قصاص
علي المكره لان الاكراه سبب يمنع صحة البيع فكان مانعا من وجوب القصاص
كالجنون فلا يلزم الرق لانه قد لا يمنع البيع اذا حصل البيع بالاذن وجه قول زفر ان
الاكراه لا يبيح القتل فصار وجوده وعدمه سوا فصار كانه قتل بغير اكراه وجه
قولهما علي ابي يوسف انه حمله علي قتل غيره وغلب علي رايه فصار كان اخذ بيده سيفا
يضرب به وجه قول ابي يوسف ان المكره لا يباشر القتل وانما فعل سببا يودي الي
القتل فصار كحافر البير وواضع الحجر فلا يلزمه القصاص ويلزمه الدية قال ش
وان اكرهه علي طلاق امراته او عتق عبده ففعل وقع ما اكرهه عليه وقال الشافعي
لا يقع وعلى هذا التزويج لنا قوله عليه السلام لا قيلوله في الطلاق وقال عليه السلام ثلث جدهن جد
وهزلهن جد الطلاق والعتاق واليمين وروي والنكاح واليمين ولانه قاصد الى الايقاع
والى العقد غير راض باحكامه فصار كشرط الخيار وكالهزل قال ش ويرجع
على الذي اكرهه بقيمة العبد وذلك لانه اتلف ملك غيره علي طريق التعدي فلزمه
الضمان ولان المكره ينتقل الى المكره فيما يصح ان يفعله الانسان لغيره فصار كان المكره
هو المتلف ويستوي في هذا الضمان اليسار والاعسار لانه في حكم المباشر للاتلاف
وذلك لا يختلف ويكون الولا للمولي ولا سعاية على العبد لان العتق وقع من جهة
المولي ولا حق لاحد فيه فصار كالخيار قال ش ويرجع بنصف مهر المراة ان كان قبل
الدخول وذلك لان المكره قرر عليه ضمانا كان يجوز ان يتخلص منه وهو ان تحصل
الفرقه بسبب من جهة المراة فصار كانه اخذ ذلك المقدار من ماله واتلفه
واما اذا كان بعد الدخول فلا ضمان علي المكره لان المهر قد استقر على الزوج

قبل الاكراه فلم يوجد من جهة المكره ما يوجب الضمان قال ش وان اكرهه على الزنا
وجب عليه الحد عند ابي حنيفه الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه
وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفه الثاني وكان قوله الاول اذا اكرهه السلطان
فعليه الحد وهو قول زفر ووجهه ان الوطي لا يمكن الا بالانتشار وذلك لا يكون مع
الخوف فاما وجد دل على انه ليس بخايف فكانه فعل بغير اكراه فيجب الحد وجه قوله
الثاني ان الاكراه لا يكون الا من السلطان الا ترى انه لا يمكن مغالبته والتظلم منه الى
غيره وغير السلطان يمكن ان يدفع بغير السلطان ولم يتعلق بفعله حكم ومن
اصحابنا من قال انما فرق ابو حنيفه لان في زمانه لم يكن عليه الا السلطان ولا يقدر
غيره علي اجبار الناس وبعد ذلك قد تغير وجه قولهما ان الانتشار في طبع الادمي
يحصل بغير اختياره ثم اكره بعد ذلك علي المواقعة فيصح الاكراه ويسقط الحد
واذا سقط الحد وجب المهر لان الوطي في ملك الغير لا يخلو من حد او مهر فاما
المراة اذا اكرهت علي الزنا فلا حد عليها في قولهم قال ش واذا اكره علي
الردة لم تبن امراته منه وذلك لما بينا ان المكره علي الكفر له اظهار كلمة الكفر
اذا كان قلبه مطمين بالايمان فلا يصح كفره لما لم يعتقده واذا لم يقطع بكفره لم تبن
امراته ولو اكره رجل علي الكفر فقال قد كفرت وقلبه مطمين بالايمان لم تبن
امراته لما بينا قال ش فان قال خطر ببالي ان اقول لهم قد كفرت بالله اريد
الخبر علي امر ماضي فقلت ذلك اريد به الخبر عما مضي من الكذب ولم اكن فعلت
فيما مضي بانت امراته في الحكم ولا تبين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك لانه اعترف انه
فعل ما لم يكره الا ترى انهم اكرهوه علي اظهار الكفر ولم يكرهوه علي الخبر عما مضي

فاذا فعل ما لم يكرهه عليه صار بمنزلة المبتدي ومن اخبر عن كفر سابق بانت منه امراته في الحكم
ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى لانه لم يعتقد الكفر ولو قال ش قد خطر على بالي ان اقول
قد كفرت بالله اريد به الخبر الباطل عما مضي فقلت قد كفرت بالله اريد ما طلب مني
ولم ارد به الخبر عما مضي بانت امراته في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى وذلك لانه لما
خطر باله الخبر عما كان يقدر علي التخلص من الضرر بغير اظهار كلمة الكفر فما اظهره
وهو غني عنه صار كالمبتدي باظهار كلمة الكفر فان قيل انه لم يعتقد الكفر والكفر
انما يكون بالاعتقاد قيل له لما قدر علي ترك اظهار الكفر فاظهره من غير اعتقاد
صار كالهازل بالكفر تبين امراته ولو قال ش ان ذلك لم يخطر ببالي فكفرت كفرا
مستقبلا من غير اخبار بما مضي وقلبي مطمين بالايمان لم تبن امراته لانه اظهر ما
اكرهه عليه من الكفر فلا يصير به كافرا وعلى هذا قالوا له لتصلين لهذا الصليب
فقام فصلى فخطر بباله ان يصلي لله تعالى وهو مستقبل او غير مستقبل لها ينبغي له
ان ينوي الصلوة لله تعالى وان قال ش نويت ذلك بانت امراته في القضا ولم تبن فيما
بينه وبين الله تعالى لانه فعل غير ما اكره عليه وان صلى للصليب ولم يصل لله تعالى وقد
خطر بباله ذلك فهو كافر في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى وان لم يخطر علي باله شي و
صلى للصليب وقلبه مطمين بالايمان لم تبن امراته لانه فعل ما اكره عليه وعلى هذا
لو قالوا له لتشتمن محمدا فخطر بباله ان يسب رجلا يسمى بهذا الاسم ففعل
فاجرد ذلك بانت امراته في الحكم لانه لم يفعل ما اكره عليه ولم تبن فيما بينه وبين
الله تعالى لانه لم يعتقد الكفر وان سب محمدا وقلبه مطمين بالايمان لم تبن
امراته لانه فعل ذلك بالاكراه واذا اكرهه علي اليمين وعلى النذر لزمه لانه مما
يستوي

عن له بجده ولو اكرهه على الاقرار بالحد فهو باطل لان الاقرار يحتمل الصدق
والكذب وانما يحتمل الصدق لحسن الظن بالمقر واذا كان مكرها لم يحسن الظن به
فبقي الاحتمال فلا يلزمه الحد بالاحتمال والله اعلم بالصواب

كتاب السير

الجهاد واجب والدليل
على وجوبه قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى وقاتلوهم حتى
لا تكون فتنة الايه وقال تعالى وقاتلوا ايمة الكفر الايه وقال النبي عليه السلام بني الاسلام على
خمس وذكر الجهاد في جملتها قال رحمه الله الجهاد فرض على الكفاية اذا قام
به البعض فريق من الناس سقط عن الباقين وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه و
الاصل في ذلك ان النبي عليه السلام كان يخرج في السرايا ولا يخرج كل اهل المدينة ولو كان فرض
على الاعيان لم يتركهم ولانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر وذلك يكون على الكفاية ولانه
لو كان على الاعيان لخرج جميع الناس وفيه ابطال المصالح والمزارع فادى الى ترك الجهاد
وذلك لا يصح وقد حث النبي على الجهاد وروى ابن عباس غدوة او روحة في
سبيل الله خير من الدنيا وما فيها وفي حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال
مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصايم القايم الراكع والساجد الخاشع
قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدوا بالقتال وقال الثوري لا يجب حتى
... وانا وجه قولنا عموم الايه والاخبار ولان قتالهم لو اوقف على ابتدا
بهم صار قتالهم على وجه الدفع وهذا المعنى يوجد في حق المسلمين ويجب
ان يكون بين قتال الكفار والمسلمين فرق وليس الا ان يجب ان يبدا هم
بالقتال ويجوز القتال في الاشهر الحرم وقال عطا لا يجوز لنا قوله تعالى

اقتلوا المشركين الايه فقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وهو عام وروي انه عليه السلام حاصر الطايف
لعشر بقين من المحرم وهذا نوع من القتال ولانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر
فيجوز في الاشهر الحرم واما قوله فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشر
كين فهو منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين الايه قال ولا يجب الجهاد
على صبي ولا عبد ولا امراة ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع وذلك لان الجهاد
فرض على الكفاية فاذا قام به فريق سقط فرضه عن الصبي وطاعة الوالدين
فرض بكل حال فلا يترك لاجل ما ليس بفرض وقد روي ان النبي عليه السلام سيل عن افضل
الاعمال فقال الصلوة لوقتها ثم بر الوالدين ثم الجهاد في سبيل الله وروي ان العباس
بن مرداس جا الى النبي عليه السلام وقال اني اريد الجهاد معك فقال النبي عليه السلام الكرام قال نعم
قال الزم امك فان الجنة عند رجل امك وروي ان رجلا قال للنبي عليه السلام جيت اجاهد
معك وتركت ابوي يبكيان فقال عليه السلام ارجع فاضحكهما كما ابكيتهما واما
العبد فلما بينا ان الفرض يسقط بقيام طايفة من الناس به وما لا يتعين وجوبه
على العبد فحق المولى مقدم عليه اصله صلوة التطوع وكذلك حق الزوج مقدم
على ما لا يجب على المراة فاذا سقط الفرض عنها بقيام بعض الناس به كان حق
الزوج اولى فلم يجز لها ان تخرج الا باذنه كما لا يخرج العبد الا باذن سيده واما
الاعمى والزمن والمقعد فكل واحد من هولا عاجز عن القتال والقتال انما يجب على
من هو من اهل القتال قال فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس
الدفع تخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى وذلك لان الفرض
في هذه الحالة قد تعين والفروض المعينة تقدم على حق المولى وعلى حق

الزوج اصله صلوة الفرض وقد روي ان ام سليم بنت ملحان قالت مع النبي عليه السلام يوم
خيبر حين انهزم الناس عنه وقالت ام عطيه غزوت مع النبي عليه السلام سبع غزوات
كنت اصلح لهم الطعام وكنت اداوي لهم الجروح واقوم على المرضى قال واذا دخل
المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام فان اجابوهم
كفوا عن قتالهم وان امتنعوا دعوا الى اداء الجزية فان بذلوها فلهم ما للمسلمين
وعليهم ما عليهم والاصل في ذلك ما روي في حديث سلمان بن بريدة عن ابيه قال كان
النبي عليه السلام اذا بعث جيشا او صاحب سرية اوصى به في خاصة نفسه واوصى بمن
معه من المسلمين خيرا وقال اغزوا باسم الله تعالى وفي سبيل الله قاتلوا من
كفر بالله ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا فاذا لقيتم عدوا
من المشركين فادعوهم الى خصال او ثلث خلال فايتهن اجابوك اليها فاقبل
منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول الى دار المهاجرين فان فعلوا فاخبرهم ان لهم ما
للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين فان ابوا فاخبرهم انهم كاعراب المسلمين
يجري حكم الله تعالى الذي يجري على المسلمين وليس لهم في الفي ولا في الغنيمة شي الا
ان يجاهدوا مع المسلمين فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطا الجزيه فان فعلوا فاقبل
منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم واذا حاصرتم اهل حصن
فارادوكم ان تنزلوهم على حكم الله فلا تنزلوهم على حكم الله فانكم لا تدرون ما حكم الله فيهم
ولكن انزلوهم على حكمكم ثم اقضوا فيهم ما رايتم وان سالوكم ذمة الله وذمة
رسوله فلا تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله ولكن اعطوهم ذممكم وذمم ابايكم
ثم فسر الهم وتفسير هذا الخبر ان النبي عليه السلام اوصى امير الجيش لانه متقدم

عليهم وهم يقتدون به في صلاحهم وفسادهم ثم اوصى لمن معه بعد ذلك لان الانسان يجب
ان يبتدي باصلاح امور نفسه ثم بغيره ويدل على ذلك قوله عليه السلام ابدا بنفسك ثم بمن
تعول كمن بعدك الاقرب فالاقرب ثم امر بالغزو وافتتح الكلام باسم الله تعالى على
وجه التبرك ثم بين لهم الوجه الذي يخرجوا فيه وانه طاعة لله تعالى ثم نهاهم عن
الغلول وهو الخيانة من المغنم وقد دل على تحريمه قوله تعالى وما كان لنبي ان يغل
الايه وقال عليه السلام ردوا الخيط والمخيط فانه عار وشنار على صاحبه الى يوم القيمة
ثم نهى عن الغدر وهو خفر الامان ونقض العهد وقد دل على تحريمه قوله تعالى
واوفوا بعهد الله ثم نهى عن المثلة وقد دل على ذلك ايضا ما روي عن عمران
بن حصين انه قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه بعد العرنيين الا نهانا فيها عن
المثلة ثم نهى عن قتل الصبيان وقد دل على ذلك قوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون
بالله فدل على ذلك وجوب القتال لمن يقاتل والصبي لا يقاتل وعن النبي عليه السلام اقتلوا
شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم يعني صبيانهم وعن عطيه القرظي
ان النبي عليه السلام امر في بني قريظه بقتل من اخضر ميزره ثم امرهم لقا العدو بتقديم
دعاهم الى الاسلام وقد دل على ذلك قوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا
وعن ابن عباس ما قاتل النبي عليه السلام قوما حتى دعاهم الى الاسلام وهذا اذا لم تكن
الدعوة قد بلغتهم قبل ذلك فان كانت الدعوة قد بلغتهم جاز قتالهم من غير
تجديد دعوة وذلك لما روي ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم
غارون وعن اسامه بن زيد قال عهد الي النبي عليه السلام ان اغير على ابنى صباحا
ثم احرق والافضل ان يكرر عليهم الدعوة لجواز ان يسلموا عند ذلك

ثم امر بالكف عنهم ان اجابوا الى الاسلام وقد دل على ذلك ايضا قوله تعالى فان تابوا
واقاموا الصلوة فخلوا سبيلهم وقوله تعالى فان انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين
وقال النبي عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا
عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها وقوله ادعوهم الى التحول الى دار المها
جرين فلان الهجرة كانت فرضا على كل مسلم الى ان فتحت مكة فقال النبي عليه السلام لا هجرة
بعد الفتح ثم امر ان يعلموا ان فعلوا ذلك كان لهم ما للمهاجرين وعليهم ما على
المهاجرين وحق المهاجرين هو ثبوت حقهم في الخمس والغنيمة واخبرهم ان
لم يفعلوا ذلك كانوا كاعراب المسلمين الذين لا حق لهم في الخمس والغنيمة
لما لم تحصل للمسلمين بهم قوة ولم يثبتوا في الديوان فان قاتلوا استحقوا
لحضورهم القتال سهما من الاربعة الاخماس ثم اخبرهم ان ابوا ذلك دعاهم الى ان
اعطا الجزية فان فعلوا اقبل منهم وكف عنهم وقد دل على ذلك قوله تعالى قاتلوا الذين
لا يومنون الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فجعل غاية القتال
الى اعطا الجزية فاذا بذلوها قام ذلك مقام الاسلام في حقن دمايهم واموالهم وهذا
يدل ان النبي عليه السلام انما تقدم الى من يقبل منه الجزية لان عبدة الاوثان لا يقبل منهم الجزية
فلا معنى لدعايهم الى ذلك ثم امر بقتالهم اذا ابوا ذلك لا نا اعذرنا اليهم فان اقاموا
على عادتهم نستعين بالله على قتالهم ثم منع ان ينزلهم على حكم الله اذا طلبوا وقال
ابو يوسف يجوز انزالهم على حكم الله تعالى لان الاحكام قد استقرت وعرفت وانما منع
النبي عليه السلام ذلك في زمانه لان الاحكام لم تكن استقرت فلا يومن حدوث حكم يوجب
فسخ ما تعاقدوا عليه فاما الان فقد استقرت فامن ذلك وقال محمد لا يجوز ذلك

يومن احكامه فعل الاجتهاد وهم لا يعرفون ذلك وانما يعرفون النص ولو علموا ان الامة
تجتهد فيهم لم يفعلوا ثم منع ان يعطيهم ذمة الله تعالى وذمة رسوله اذا طلبوا
لان المسلمين قد يضطرون الى ترك الوفا لهم والغدر حرام لكن اذا حصل بذمة
الامان كان ايسر من الغدر بذمة الله تعالى واخف ثم امرهم بالوفا وهو واجب
عليهم ما استطاعوا وقد روي في حديث زيد بن علي عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه
قال كان نبي الله اذا بعث جيشا من المسلمين قال انطلقوا باسم الله وفي سبيل الله
وعلى ملة رسول الله لا تقاتلوا القوم حتى تحتجوا عليهم وادعوا القوم الى شهادة
ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله والاقرار بما جا به من عند الله فان اجابوكم
فاخوانكم وان ابوا فانصبوا لهم حربا واستعينوا بالله تعالى ولا تقتلوا وليدا
طفلا ولا امراة ولا شيخا كبيرا ولا تغوروا عينا ولا تعقروا شجرا الا شجرا
يضركم ولا تمثلوا بادمي ولا بهيمة ولا تغلوا ولا تغدروا وايما رجل من افضلكم
وادناكم اشار الى رجل من المشركين فاقبل اليه باشارته فله الامان حتى يسمع
كلام الله فان قبل فاخوانكم وان ابى فردوه الى مامنه واستعينوا بالله ولا تعطوا
ذمة الله تعالى ولا ذمتي فان ذمتي ذمة الله والحقير لذمة الله الا ان الله وهو ساخط
عليه اعطوا القوم ذمتكم وفوا لهم وهذا الخبر في معنى الخبر المتقدم وفيه
زيادة قوله لا تقاتلوا القوم حتى تحتجوا عليهم يعني حتى تدعوهم لان الدعا الا تكون
الا بعد الحجة وقال ولا تقتلوا امراة لان المراة لا يجوز قتلها حتى تقاتل او
يكون ملكة فيقتل ليتفرق جمع المشركين وقد روي ان النبي عليه السلام مر بامراة
مقتولة فوقف عليها وقال ان هذه لا تقاتل وهذا تنبيه على انها لا تقتل

فقدر

الا من كان من اهل القتال فاما الشيخ الفاني فهو الهرم الذي لا يقدر القتال ولا له راي في الحرب
ولا يكون من اهل القتال فيصير كالصبي وقد روي عن النبي عليه السلام دريد بن الصمة وقد
اتت عليه ماية وعشرون سنة لانه اخرج يوم حنين حتى يستعين برايه في الحرب
واشار عليهم بتاخير النسا والمال وابدا عليه فقتله النبي عليه السلام لذلك وقوله ولا
تعوروا عينا ولا تعقروا الا شجرا الاشجار يضركم هو الشجر الذي بينه وبين
عدوهم ويمنعهم القتال وما سوى ذلك فالمسلمون بالخيار ان شاوا قطعوا وان
شاوا تركوا لقوله تعالى ما قطعتم من لينة الاية وروي ان النبي عليه السلام لما حاصر بني
النضير امر بقطع نخيلهم وحاصر الطايف وامر بقطع كرومهم والموضع الذي
نهى فيه عن ذلك كان النبي عليه السلام قد علم ان المسلمين يغنمون ذلك فاراد تبقيته
على عمارته قال رحمه الله ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه دعوة الاسلام الا بعد
ان يدعوه ويستحب ان يدعوا من بلغته الدعوة ولا يجب ذلك وان ابوا استعا
نوا بالله عليهم وحاربوهم وقد بينا جميع ذلك قال رحمه الله ونصبوا عليهم المناجيق
وحرقوهم وارسلوا عليهم الما وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم وذلك لان
النبي عليه السلام احرق بويرة وامر اسامة بالاحراق ولان في ذلك تفريق جمعهم وكسر
شوكتهم فصار كما يجوز انواع القتل قال رحمه الله ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم
اسير او تاجر وقد روي عن الحسن بن زياد انه قال لا يجوز تحريق حصن فيهم مسلم اسير
او تاجر ولا هدمه عليهم وعندنا يجوز جميع ذلك لان قتالهم واجب فلا يمنعه من ذلك
اذا كان فيهم من لا يجوز قتله كما لا يجوز المنع لاجل صبيانهم ونسايهم وجه قول الحسن
ان قتل الكافر يجوز تركه وقتل المسلم لا يجوز الاقدام عليه فاذا اجتمع الحظر والاباحة

فالحكم للحظر

فان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسرى لم يكفوا عن رميهم وقال الشافعي اذا فعلوا
ذلك لم يجز ان نبداهم بالرمي فان فعلوا ذلك في القتال جاز الرمي ويقال للرامي اجتهد في اصابة
المشرك وتجنب المسلم لنا انه قتال واجب فلا يمنع منه المتترس بمن لا يجوز قتله
كما لو تترسوا بصبيانهم ولانا لو لم نبتدهم لاجل ذلك لادى ذلك الى ترك سنن العادة
وطلب العز منهم لان حصونهم لا تخلوا من مسلم وما ادى الى هذا فهو ساقط
بالاجماع قال رحمه الله ويقصدون بالرمي الكفار لان المسلم لا يجوز اعتماد قتله
فوجب ان يقصد من يجوز رميه مع رميه فان رمى هذا القاصد فاصاب مسلما
فقتله فلا كفارة عليه ولا دية في قول اصحابنا وقال الحسن بن زياد عليه الكفارة
وهو والدية قول الشافعي وجه قولهم انه رمي ابيح مع العلم بحال المرمي اليه فصار
كمن وقف في صف المشركين ولان في ايجاب الضمان ترك القتال وما ادى الى ذلك
فهو ساقط وجه قول الحسن انه ابيح له الرمي بشرط ان لا يعتمد المسلم فاذا اصا
به صار في معنى الخطا وكمن قصد غرضا فاصاب انسانا فاذا صار في حكم الخطا تعلق
به الدية والكفارة قلنا هذا يبطل اذا تترسوا بصبيانهم فاما اذا رمى غرضا
فانه لو غلب على ظنه انه يصيب ادميا لم تحل له الرمي كذلك اذا اشكل وليس كذلك
في مسلتنا لانه ابيح له الرمي مع غلبة الظن لاصابة المسلم فافترقا قال رحمه الله
ولا باس باخراج النسا والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يومن
عليه ويكره اخراج ذلك في سرية لا يومن عليها والاصل في ذلك ما روي عن النبي عليه السلام
قال لا تسافروا بالقران الى ارض العدو مخافة ان يناله ايديهم ولانهم يستخفون
به فمنع من السفر به لذلك وكذلك النسا ولانه لا يومن اذا قال الفضيحة عليهم

فان كان عسكرا عظيما يومن معه ذلك جاز لو ولا المعنى المانع وقد قيل ان النبي عليه السلام
انما منع من ذلك في ابتدا الاسلام لقلة المصحف مخافة ان ينقطع عن ايدي الناس وقد
كثرت الان وامن ذلك فيها وقد روى الطحاوي عن محمد عن ابي حنيفة لا باس بتعليم
الذمي والحربي القران والفقه من غير خلاف والدليل على جوازه قوله تعالى وان
احد من المشركين استجارك الاية ومعلوم انه اذا سمعوه حفظوه وروى
ان النبي عليه السلام كتب الى هرقل يا اهل الكتاب تعالوا الاية ولانهم اذا قروا القران
وعرفوا ما فيه من الحكمة دعاهم ذلك الى الاسلام فجاز تعليمهم لذلك
والظاهر من مذهبهم انه لا يجوز ذلك لانهم يستخفون به فيمنعون من
حفظه كما يمنعون من مس المصحف **قال** ولا تقاتل المراة الا باذن
زوجها ولا العبد الا باذن سيده الا ان يهجم العدو وقد بيناه **قال**
وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا ولا يقتلوا امراة ولا
صبيا ولا شيخا فانيا ولا اعمى ولا مقعدا الا ان يكون احد هولا ممن له راي
في الحرب او يكون المراة ملكة وقد بينا جميع ذلك ودللنا عليه وقال الشافعي
ان الشيخ والاعمى والمقعد يقتلون وهذا لا يصح لما ذكرناه في حديث ...
ولان هولا لا يستعان بهم في القتال غالبا فلا يجوز قتلهم كالنسا وقد
... ذلك ان النبي عليه السلام راى امراة مقتولة فقال ايها لا تقاتل فنبه عليه السلام ان لا
يقاتل لا يقتل فان قيل روي ان النبي عليه السلام اقتلوا شيوخ المشركين قيل له هو
محمول على من يقاتل او الجيح للحرب فان قيل كيف لا يمنع من قتل الشاب فلا يمنع
من قتل الشيخ الفاني اصله الردة قيل له حكم الردة اغلظ من الكفر الاصلي بدليل

بدليل انه لا يقر عليه ويقتل المراة فيه على اصله **قال** ولا يقتل المجنون
وذلك لانه ليس من اهل القتال فلا يعقل كالصبي وان قاتل احد من هولا قتل لان الرجال العقلا
يقتلون وان لم يقاتلون فمن قاتل اولى بالقتل ومن يجن ويفيق يقتل في
... **قال** وان راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في
ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها
الاية ولان النبي عليه السلام صالح قريشا يوم الحديبية على ترك القتال ويجوز ايضا
على ... يوخذ منهم لانه لما جاز اخذه على ترك قتال الكفار كما يوخذ الجزية واذا
لم يكن للمسلمين حاجة الى الصلح فانه لا يجوز ان يفعله لقوله تعالى ولا تهنوا
وتدعوا الى السلم الاية ولان الصلح هو ترك القتال وقد امر الله تعالى بقتالهم وقتلهم
فلا يجوز تركه مع القدرة **قال** فان صالحهم مدة ثم راى ان نقض العهد
انفع نبذ العهد اليهم وقاتلهم والاصل في جواز ذلك ان النبي عليه السلام وادع قريشا
ثم نبذ اليهم وانفذ الى مكة من نادى بنقض الصلح فانزل الله تعالى واذان من الله
ورسوله الى الناس يوم الحج الاكبر ولان الصلح انما جاز لما فيه من المصلحة للمسلمين
فاذا راى الامام ان نقضه مصلحة كان له ذلك وانما قلنا انه ينبذ اليهم لانه لو قاتلهم
من غير ان يتقدم ذلك كان خفرا للامان وذلك لا يجوز ولا بد من اعتبار بلوغ خبر
النبذ الى جميعهم لان العوض ان يعرفوا ذلك فيستعدوا للقتال حتى لا يكون قد غرهم
وقد اغتروا الى ذلك ان تمضي مدة يمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ ان ينفذ الى جميع
اطرافه ويعلمهم ذلك فاذا امضت هذه المدة جاز للمسلمين ان يغيروا عليهم وعلى
اطرافهم ومتى علم المسلمون ان القوم لم يعلموا بذلك لم يجز ان يغيروا عليهم حتى

تمضي المدة المذكورة **قال** وان بدوا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان
ذلك باتفاقهم وذلك لانهم اذا اخلوا بشرايط العهد ولا بد عليهم صاروا بذلك ناقضين
العهد كالذمي اذا انقض العهد ولحق بدار الحرب واذا صاروا ناقضين للعهد جاز
قتالهم فان علم المسلمون ان اهل ناحية منهم لم يعلموا لم يغيروا عليهم حتى يعلموا
لان في قتالهم من غير اعلام تغرير وذلك لا يجوز ولو خرج ... جماعة لا منعة
لهم فقطعوا الطريق في دار الاسلام فاخذهم المسلمون فليس هذا بنقض
لما لم يكن لهم منعة وهم بمنزلة الذمي اذا نقض العهد في دارنا فان خرج جماعة
لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية بغير امر ملكهم ولا امر اهل مملكة
فالملك واهل مملكة على صلحهم وهولا الذين قطعوا الطريق لا باس بقتلهم و
استرقاقهم واسترقاق من معهم من نسايهم وصبيانهم لانهم تفردوا بالمحاربة
ونقض العهد فصاروا كاهل الذمة اذا غلبوا على دار وامتنعوا فلو كان ما
فعلوه باذن ملكهم صاروا جميعا ناقضين العهد لما رضوا بذلك **قال**
فاذا اخرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار وذلك لما روي ان عبيد اهل
الطايف خرجوا الى النبي عليه السلام مسلمين فطالب المسلمون قسمتهم فقال عليه السلام
هم عتقا الله **قال** ولا باس ان يعلفوا العسكر في دار الحرب ويا كلوا ما
وجدوه من الطعام ويستعملوا الحطب ويدهنوا بالدهن وذلك لما روى عبد الله
بن المغفل قال دلي رجل يوم خيبر على جراب من شحم فابتدرته فالتزمته وقلت
لا اعطي من هذا اليوم احدا شيئا فالتفت فاذا رسول الله عليه السلام تبسم وعن ابن اوفى
... او في ان الطعام يوم خيبر لم يخمس كان الرجل اذا احتاج الى شي ذهب فاخذه

وروى ان امير الجيش بالشام كتب الى عمر انا دخلنا الى ارض كثيرة الطعام واني
كرهت ان اقدم على شي الا بامرك وكتب اليه عمر دعهم ياكلوا وليعلفوا ولا يبيعوا
بذهب ولا فضة فمن باع شيا بذهب او فضة ففيه الخمس ولان المسلمين
يتعذر حمل الطعام والعلف ولا يبيعهم اهل الحرب فلو لم يجز لهم الانتفاع
به ضاق الامر عليهم وكذلك الادهان الماكولة هي بمنزلة الطعام والعلف
لان ينتفع به في نفسه فاما ما سوى ذلك فلا ينتفع بشي منه لعدم الحاجة
اليه ولقوله عليه السلام ردوا الخيط والمخيط **قال** ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح
وكل ذلك بغير قسمة وهذا على وجهين ان كان له سلاح او دابة لم يجز ان يستعمل
شيا من سلاح الغنيمة يقي به سلاحه وان لم يكن له جاز له استعماله لما
روي عن النبي عليه السلام انه قال اياكم وربا الغلول مرتين قالوا يا رسول الله وما ربا
الغلول قال ان تركب دابة حتى تحبس قبل ان يودي الى المغنم او يلبس ثوبا
حتى يخلق قبل ان يودي الى المغنم ولان حق الجماعة ثابت فيه وانما ابيح
الانتفاع به للحاجة واذا لم يكن له حاجة اليه لم يجز **قال** ولا يجوز ان يبيعوا
شيا من ذلك ولا يتمولوه وذلك لان الانتفاع ابيح لهم للحاجة فلم يجز لهم البيع
كمن ابيح غيره طعاما وقد قالوا متى اخرجوا شيا من ذلك الى دار الاسلام
ردوا ما بقي في ايديهم الى الغنيمة ان كانت لم تقسم وذلك لانهم اذا اخرجوه الى دار
الاسلام فقد زالت الحاجة والاباحة اذا تعلقت بشرط زالت بزواله ولان
في هذه الحال قد استقر حق الغانمين في الغنيمة بدليل انه يورث عنه فلم يجز
الانتفاع به الا باذن وان كانت القسمة قد وقعت تصدقوا بذلك ان كانوا

اغنيا وان كانوا محتاجين انتفعوا به لانه لا يمكن ان يقسم ذلك بين جماعة اهل العسكر
فصار بمنزلة ما يوجد من اللقطة ولا يمكن ايصاله الى مستحقه فان انتفعوا به ولكن
بعد خروجهم الى دار الاسلام وهم اغنيا لزمهم ان يتصدقوا بقيمته ان كان
بعد القسمة او ترد القيمة الى المغنم فيغنم معه وان كان فقيرا رده الى المغنم
قبل القسمة ولم يتصدق به بعد القسمة وذلك لانه انتفع بما تعلق به حق غيره
وكان مضمونا عليه والقيمة تقوم مقام العين حكما كما ان يفعل بالعين كذلك يفعل
بالقيمة وقد قال الشافعي في جميع ذلك الا في السلاح والدواب انهم يملكونه بالاخذ
وفي غير الخرج مثل قولنا ومن اصحابنا من قال ينتفع بالقليل ويرد الكثير لنا ما
قدمناه من الاخبار وعن ابن عباس وابن عمر انه ينتفع بالطعام والعلف فان
اخرج منه شيا تصدق به ولا يجوز له بيعه ولان الاباحة في الانتفاع به للحاجة والاباحة اذا تعلقت بشرط زالت بزواله فان قيل ما جاز الانتفاع به في
دار الحرب جاز في دار الاسلام كما لو اشتراه منهم قيل له اذا اشتراه فقد ملكه
فينتفع بملكه حيث شاء وهاهنا ابيح له الانتفاع به من غير ملك فافترقا •
قال ش ومن اسلم منهم احرز باسلامه نفسه واولاده الصغار وكل مال
هو في يده او وديعة في يد مسلم او ذمي وهذا الذي ذكره صحيح اذا اسلم في
دار الحرب ثم خرج الينا ثم غلبنا على الدار او اسلم وغلبنا على الدار وهو فيها وذلك
لان ما في يده من المال صار محرزا باسلامه واولاده الصغار صاروا مسلمين باسلامه
وماله في يد مسلم او في يد ذمي فهو محرز لانه في يد صحيحة فكانه في يده
فلا يثبت في شي من ذلك حكم الفي واما اولاده الكبار فلا يصيرون مسلمين

باسلامه فيبقون على حكم الحرب وكذلك زوجته لا تصير مسلمة باسلامه وحملها
جزء منها فيثبت في جميع ذلك حكم الفي وكذلك ماله من المال في يد الحربي فهو في
يد ليس في يد صحيحة فلم يصر محرزا بالاسلام فاذا دخل دار الاسلام بامان ثم
اسلم في دار الاسلام فان اولاده الصغار الذين في دار الحرب في لانهم لا يصيرون
مسلمين باسلامه لاختلاف الدار فكذلك سائر امواله في دار الحرب خارجة
عن يده لاختلاف الدارين والحظر انما يزول بالحيازة واما عقاره واراضيه فهي في جميع
الاحوال عند ابي حنيفة لانها من جملة دار الحرب فلا يتبعض حكم الفي فيها ولان
من اصل ابي حنيفة ان اليد لا يثبت على العقار ثبوتا صحيحا فصار كشي ليس في يده و
عند ابي يوسف يحرز عقاره كما يحرز نفسه وماله في الوجهين الاولين استحسانا
وجه قول محمد الاول لان من اصلهما ان اليد يثبت على العقار ثبوتا صحيحا فصار
كساير الاموال وقال الشافعي ان عقاره وماله في يد الحربي يكون ايضا له وهذا لا
يصح لان مال الحربي على اصل الاباحة والمباحات لا تملك الا بالحيازة اصله الماء و
الكلا وما ليس في يده فلم يحرزه وبقي على اصل الاباحة وما في يد الحربي من الودائع
فلم يحرزه ايضا بيد صحيحة فصار بمنزلة ما هو في دار الحرب لا في يد
احد فان قيل ان هذا مال مسلم فلا يجوز ان يغنم اصله ما في يده قيل له ما في يده
مباح حصلت فيه الحيازة فزالت الاباحة وهاهنا لم تحصل فيه حيازة فبقي
على اصل الاباحة فان قيل يبطل بما في يده من العقار قيل له لا يتصور الحيازة
في ذلك قال ش واذا اسلم رجل في دار الحرب فقتله رجل مسلم خطا فليس عليه
الا الكفارة في قول ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف ان عليه الدية استحسانا

وجه قولهما قوله عليه السلام انا بري من كل مسلم اقام بين ظهراني اهل الشرك وبراءته
منه تسقط تقويم ذمته ولانه لم تحرز ذمته بالدار فصار كالحربي وجه قول ابي
يوسف انه محقون الدم لاجل اسلامه وكونه في دار الحرب لا يسقط تقويم ذمته
كالتاجر ولا يشبه قبل مباشرة حفر البير لان حفر البير سبب فيعتبر
فيه التعدي ولم يوجد بحفره في دار الحرب تعد فهو كمن حفر في ملكه في دار الا
سلام قال ش وان ظهرنا على الدار فكفارة في وزوجته وحملها في او
لاده الكبار في وقد بينا ذلك قال ش ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب
ولا يجهز اليهم وذلك لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب
وحمله اليهم ولان في بيعه تقوية لهم ومعونة على اهل الحرب وقد منعنا ذلك
قال ش ولا يفادون بالاسرى عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يفادوا
بهم اسرى المسلمين وقال الشافعي وجه قول ابي حنيفة فاذا انسلخ الاشهر
الحرم فاقتلوا المشركين وهذا ينفي جواز المفاداة وقد تناولت هذه الاسرى
بدليل قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة الاية ولان في ذلك اعانة للكفار بما
تختص بالقتال فوجب ان لا يجوز له كما لا يجوز له امدادهم باهل الذمة وبيع
السلاح منهم وجه قولهما ما روى عمران بن الحصين ان النبي عليه السلام فادى رجلين
من المسلمين برجلين من المشركين قلنا هذا كان في الوقت الذي كان يجوز
رد الفدا اليهم بغير شي فقد كان النبي عليه السلام صالح سهيل بن عمرو ان يرد من جا
مسلما فاذا جاز رد المسلم فرد الكافر اولى فان قيل فيه تخلص مسلم من الاسر
فصار كتخليصه من الاسر بالمال قيل له لا معنى فيه في تخليصه بالمال وتكفي

غير ان اهل الحرب قد شهدوا فلا حق لهم فيها ما لم يحضروا القتال الكفار ولو حضروا
القتال الكفار استحقوا قال ش واذا امن رجل حرا وامراة حرة كافرا او جماعة
او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يجز لاحد من المسلمين قتلهم والاصل في ذلك
جواز امان الواحد ما روي عن النبي عليه السلام انه قال المسلمون تتكافا دماؤهم
ويسعى بذمتهم ادناهم وقد روي ان ام هانئ اجارت رجلين من المشركين واراد علي
ان يقتلهم فشكت الى النبي عليه السلام فقال ما كان له ذلك قد امنا من امنت واجرنا من
اجرت واذا ثبت جواز الامان لم يجز لاحد ان يتعرض له كما لا يجوز اذا امنه
الامام قال ش الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم الامام وذلك لان
ما فيه مفسدة ففيه ضرر على المسلمين وليس لاحد ان يفعل ما يضر بالمسلمين
واذا لم يجز وجب ان يعلمهم الامام ان ذلك الامان ليس بصحيح حتى لا يكونوا على
غدر ويكون في معنى الغدر الممنوع فيه قال ش ولا يجوز امان ذمي
ولا اسير ولا تاجر الذي يدخل عليهم وذلك لان الذمي متهم في حق المسلمين لانه رغب
في كونه الكفارة واظهار كلمة الكفر ولم ينعقد امانه مع التهمة واما الاسير
والتاجر فكل واحد منهما مضطر الى ما يريده الكفار ليخلص بذلك من ضررهم فصار
عقدهم الامان كعقد المكره ولان اهل الحرب في امان منهم قال ش ولا يجوز امان
العبد عند ابي حنيفة الا باذن مولاه في القتال وقال ابو يوسف ومحمد يصح امانه
وبه قال الشافعي لنا انه عقد بدلالة افتقاره الى الايجاب والقبول وعقود العبد
لا تصح لما فيها من اسقاط حق مولاه فلان لا يجوز عقد الامان اولى لما فيه من
اسقاط حق مولاه وحق جماعة المسلمين ولا يشبه الحر لانه لا يصح عقده في حق

الغير ويصح امانه لان الحر يعقد الامان في حق نفسه لانه يملك التصرف فاذا صح في
حق نفسه وهو لا يتبعض ثبت في حق المسلمين من طريق الحكم كاحد الشركاء في دم
العمد اذا عفا والعبد يعقد في حق غيره من غيره بدليل انه لا سهم له مع كمال
الغنايه في القتال فدل على انه لا حق له في هذا العقد والعاقد في حق غيره من
غير ولايه ولا اذن لا ينفذ عقده ولا يلزم المراة لان المانع من الاسهام لها
ان الغنا لا يقع بقتالها ولا يلزم الاسير لان عقده لا ينفذ لاجل التهمة كالولي
اذا عقد مع التهمه ولانه معنى يوجب اسقاط حق الاسترقاق فلا يملكه
العبد بنفسه اصله العتق وجه قولهما ما روي عن علي رضه ان النبي عليه السلام قال
ويسعى بذمتهم ادناهم والمراد به العبيد هكذا فسر ابو عبيد الجواب
ان الخبر لا يتناول العبيد لانه قال وهم يد على من سواهم والعبد لا يد له على غيره
وقال تتكافا دماوهم ودم العبد لا يكافي دم الحر عند المخالف وعندنا بدل دمه
لا يكافي ديه الحر والخبر يقتضي ادنا الاحرار وهم الموالي ومن قله عشيره ويكون
هذا ردا على اهل الجاهلية لما كانوا لا يعدون اجارة من لا عشيرة له فان قالوا قول
ابي عبيد وانا هو حجة في اللغة اذا حكاها فاما في الاحكام فحاله كحال الحكي الف
فان قيل يعتقد الايمان فوجب ان يصح منه الامان كالحر قيل له مجرد الايمان لا يدل
على صحة الامان بدليل ساير عقوده والمعنى في الحر انه يصح عقوده من جهة العقد
واسقاط القتل فملك اسقاط القتل عن الحربي والعبد بخلافه واما اذا اذن
له مولاه في القتال فقد صار من اهل القتال بالاذن فيصح امانه فان قيل الخلاف
جواز امانه ان يكون المولي ولانه على صفه يصح امانه قبل الاذن ولا يجوز

وعلى اهلها الجزيه فاذا كان كذلك وراى الامام ان ذلك صلاحا جاز ان يفعله
اقتدا بالايمة الراشدين لان اهلها اعرف بعمارتها واذا اقسمها جو...
فكان اقرار اهلها عليها اولى واما حكم الاسرى فقد بينا جواز قتلهم واستر...
قاقهم واما جواز تركهم وذمه بالجزيه للمسلمين فلما روينا ان اصحاب رسول
الله فتحوا العراق والشام واقروا اهلها عليها بالجزيه ولانه اذا جاز فيستهم
جاز بنفسهم على ما يجب عليهم كما يترك الارض لما يلزمها من الخراج ولا يجوز
ردهم الى دار الحرب لان فيه معونة لهم وتقويه لما يعود الى القتال وذلك لا يجوز
كما لا يجوز رد السلاح اليهم **قال ش** وان اراد العود ومعه المواشي فلم
يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها وقال الشافعي لا يحل ذبحها لنا
انه مال لاهل الحرب يجوز اكله فجاز اتلافه بغير الاكل اصله الطعام ولان الذبح
يجوز للاكل ولاجل الجلد وهذه منفعه تختص والانتفاع بادخال الضرر على الكفار
خط وكان اولى بجواز الذبح فان قيل روي ان النبي عليه السلام نهى عن ذبح الحيوان الا
لماكله قيل له لما ذكر الاكل وهو غرض صحيح كان تنبيها على جواز الذبح لكل غرض
صحيح وكيد الكفار و... والحاق الضرر بهم من اكثر الاعراض فان قيل ذوات الروح
فلا يحل ذبحه لمغايظه الكفار اصله صبيانهم قيل له الذبح عندنا انما هو لمنفعه
المسلمين ودفع الضرر عنهم فاما ان يكون للمغايظه فلا والمعنى في الصبيان
لا ستغنا بهم في القتال غالبا والدواب بخلاف ذلك واذا ثبت انها تذبح فانها
تحرق بعد الذبح ولا يترك لتبطل على المشركين الانتفاع بلحمها وجلدها
قال ش ولا يعقرها ولا يتركها اما العقر فلانه مثله وقد نهى النبي عليه السلام

وروي عن جعفر بن ابي طالب انه عقر فرسه
يوم موته وقاتل راجلا حتى قتل

عن المثله واما تركها فلا يجوز لان فيه قوة للمشركين وعونا لهم على القتال و...
الى هذا فهو ممنوع **قال ش** ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها
الى دار الاسلام وهذا هو المشهور عنهم وقال ابو يوسف ان قسمت في دار الحرب
جاز واحب الي ان يخرج الى دار الاسلام فيقسم وقال الشافعي يجوز قسمتها في
دار الحرب وجه قولهم ان النبي عليه السلام قسم غنائم بدر بالروحه ولو جاز قسمتها
قبل ذلك لم يوخرها الا برضا الغانمين لان الحق لهم فلا يجوز تاخيره مع الحاجه
الا باذنهم وروي جبير بن مطعم ان النبي عليه السلام حين صدر يوم خيبر وهو يريد الجعر
سأله الناس حتى دنت ناقته من شجرة فخطفت بردايه حتى نزعته فقال عليه السلام
ردوا علي ردائي لتخافون ان لا اقسم بينكم ما افا الله عليكم والذي نفسي بيده لو افا
الله عليكم مثل سمر تهامه نعما لقسمته فيكم ثم لا تجدوني بخيلا ولا جبانا ولا كذا
با فلما نزل قام في الناس فقال ردوا الخيط والمخيط فان الغلول نار وعار وشنار
على اهله يوم القيامه ثم تناول بيده شيا من الارض واخذ وبرة من بعير فقال
والذي نفسي بيده ما لي مما افا الله عليكم ولا مثل هذه الا الخمس والخمس مردود
عليكم فاخر عنهم القسمة مع المطالبة فلو جازت لم يوخر ولان الغنايم لا يستقر
الحق فيها الا بالحيازة بدليل جواز الانتفاع بالطعام والقسمه لا تجوز الا في حق
مستقر كحال الوقعه ولانه يودي الى اسقاط حق المدد وفي ذلك مضرة على المسلمين
وخوف الكره عليهم لاجل تاخير المدد فان قيل روي ان النبي عليه السلام قسم غنائم خيبر
بخيبر وغنايم بني المصطلق فيها قيل له تلك المواضع فتحت وصارت من دار الاسلام
والقسمه فيها بمنزله القسمه في المدينه فان قيل كل موضع يجوز الاغتنام يجوز الا
قسام

اهله دار الاسلام قيل له هناك لا يخاف المسلمون تلك الانقطاع عنهم المدد فجاز ت
القسمة ودار الحرب بخلافه واما قول ابي يوسف ان قسمها الامام جاز ولانه موضع
اجتهاد فاذا حكم الامام فيه باحد وجهي الاجتهاد جاز ونفذ **قال ش** اصحابنا
اذا لم يجد الامام ما يحمل عليه الغنايم قسمها على الغانمين ليحملوها ثم يستردها
في دار الاسلام ويقسمها فتكون القسمه الاولى قسمة حمل لا قسمة تمليك **قال ش**
والردو والعسكر سوا وهذا الذي ذكره صحيح والمعتبر استحقاق الغنيمه
ان يدخل للقتال بدليل ان يوم بدر اسرع الشبان الى القتال واقام غيرهم وقسمت
الغنايم بين الجميع فلان لما دخل للقتال صار من اهله فلا يعتبر بفعله في الاستحقاق
قال ش واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمه الى دار الاسلام شاركهم
وان لحقوا بعد نقض الحرب وقبل احراز الغنايم لم يشركهم فيها وقال الشافعي
ان لحقوا بعد نقض الحرب وجمع الغنايم لم يشاركوهم وان لحقوا قبل نقض
الحرب وقبل احراز الغنايم ففيه قولان لنا ما روي ان بني عامر قدموا على النبي عليه السلام
بخيبر بعد نقض الحرب فاسهم لهم ولما روي ان عمر بن الخطاب كتب الى سعد ان اشرك
المدد في الغنيمه ولانه قاصد للحرب شاركهم في حيازة الغنيمه الى دار الاسلام
فوجب ان يشاركهم في القسمة كالردي فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال الغنيمة
لمن شهد الوقعه قيل له هذا الخبر المشهور اليه من قول عمر ولو ثبت قلنا قوله لمن
حضر هذه اللام ليست لام تمليك لان التمليك لا يثبت لغير معين وانما يقتضي ثبوت الحق
عندنا من حضر الوقعه فحقه ثابت في الغنيمة وذلك لا ينفي ثبوت حق من لم
يحضرها بدلالة الردي واهل الخمس فان قيل لحقوا الجيش بعد انقضا الحرب فصار كما
لو لحقوهم

والعسكر في دار الاسلام قيل لما اذا كان القتال في دار الاسلام فتنقضي الحرب انما يكون بانصراف
اهل الحرب عن دارنا فاذا وجد ذلك فقد امن عودهم في الظاهر فصار كمن لحق العسكر
بعد اخراج الغنيمة الى دارنا واما اذا انقضت الحرب في دار الحرب وقد غلب على
الدار فكرة العدو غير مامونة لان قتالهم عن اموالهم وبيعتهم اعظم
واذا لم يومن العود في الغالب والمدد قد حضر في حال تحتاج اليه فصار
كما لو حضر مع بقا الحرب وقد قال ش اصحابنا ان حق المدد لا ينقطع الا
بمعاني احدها ان تخرج المسلمون الغنيمة الى دار الاسلام لان حقهم قد استقر
فيها بالحيازة ولهذا من مات منهم انتقل سهمه الى ورثته واذا استقر الحق
بطلت المشاركة والثاني ان تقسم الامام الغنايم في دار الحرب ثم يلحقهم المدد
لانهم قد ملكوها بالقسمة واستقر حقهم فيها فهو اكد من الاحراز والثالث
ان يبيع الامام الغنيمة في دار الحرب فلا يشاركهم المدد في الثمن لانه الى
قد قرر ملك الغانمين فيها بدليل ان البيع لا يجوز الا في ملك مستقر واذا
ملكهم لم يشركه فيه غيرهم قال ش ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة
الا ان يقاتلوا وقال الشافعي في احد قوليه يسهم لهم والقول الاخر مثل قولنا
لانه لم يحضر القتال ولا وجد منه القتال فلا يستحق شيا كالحنار في موضع الحرب
وكالنظاره ولان حال التاجر في الجهاد انقص من حال المقاتله لانه قصد التجارة
لا القتال وقد قال ش عليه السلام الاعمال بالنيات ولكل امري ما نوى واذا انقصت
حاله وجب ان لا يساوي المجاهدين كالمراة والصبي فان قيل قال النبي عليه السلام
الغنيمة لمن شهد الوقعه قيل له المراد به من شهدها قاصدا القتال للكفار

جميع المشركين معصيه فلا يجوز فعلها كتخليص المسلم والمشهور من مذهب
اصحابنا انه لا يجوز مفاداتهم بالمال وذكر محمد في السير الكبير انه لا باس به
اذا كان بالمسلمين حاجة وضرورة الى المال وجه قولهم ان الضرورة تخليه
الاسرى ثم من الانتفاع بالمال ولانه معصية فلا يجوز استباحتها لاجل المال
كسابر المعاصي وجه قول محمد ان النبي عليه السلام فادا العباس يوم بدر بمال قلنا سورة
براة من اخر ما انزل وكذلك روي عن ابن عباس ان قوله تعالى اقتلوا المشركين
نزلت بعد قوله تعالى فاما منا بعد واما فدا وقد ثبت هذا التاريخ بقول الصحابي
ومن اصله العموم اذا طري على الخصوص نسخه وقد قال ابو يوسف للفادة الاسرى
لا يجوز بعد القسمة وقال محمد يجوز وجه قول ابي يوسف ان بعد القسمه قد
سقط عنهم القتل واستقر منهم الرق وصاروا من اهل دارنا فلا يجوز المفا
داة بهم كما لا يجوز بساير اهل دارنا واما قبل القسمة فهم على حكم الحرب الا ترى
ان الامام ان يقتلهم وجه قول محمد ان حق الاسر غانمين متعلق بهم فابعد قبل
القسمة ولا يمنع من المفاداة كذلك بعدها وقد قال ش محمد لو طلب المشر
كون رجلا من اسرايهم ان يعطوا بدله رجلا مشركا او رجلين لم يجز لانهم لم يطلبوا
ذلك الا لمنفعه لهم ولا غرض لنا في ايصال منفعة اليهم ولعلها منفعه تعود الى
الحرب قال ش ولا يجوز المن عليهم وقال الشافعي لا باس بذلك اذا
اراد الامام لنا قوله تعالى اقتلوا المشركين الاية ولان لما حصل في ايدينا ثبت
حقوق الاسترقاق ولا يجوز اسقاط حق المسلمين عنه كما لا يجوز اسقاط حقهم
عن المال ولان في ردهم اعانه لاهل الحرب بما يختص القتال فصار كرد السلاح اليهم

فان قيل روي ان النبي عليه السلام من على ابن عمرو الشاعر يوم بدر قيل له في ذلك كان
يجوز ان يرد اليهم من جا مسلما لمن كان كافرا اولى وقد نسخ ذلك بقوله تعالى
اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقد قال ش اصحابنا حكم الاسرى
ان يقتلوا او يسترقوا والدليل على جواز قتلهم ان النبي عليه السلام قتل عقبة بن ابي معيط
يوم بدر ومن على ابي عزة الشاعر على ان لا يقاتله فرجع الى مكة ورجع في احد
فاسر فقتله النبي عليه السلام والدليل على جواز قسمتهم ان الكفار يجوز استرقاقهم
اذا لم يكونا من عبدة الاوثان من العرب فان راي ذلك مصلحة قسمهم كما يقسم
ساير الاموال ومن قتل الاسير قبل القسمة فلا شي عليه لانه مستحق القتل
واذا قسمهم حرمت دماهم لان الرق قد استقر فيهم وكذلك ان اسلم الاسير
حرم دمه وقسم في الغنيمة لان القتل عقوبه على الكفر فيرتفع بالاسلام و
الاسلام لا ينفي الاسترقاق وقد كان الامام بالخيار بين القتل والاسترقاق فاذا
سقط احد الخيارين بقي الاخر قال ش واذا فتح الامام بلدا عنوة فهو
بالخيار ان شا قسمه بين المسلمين وان شا اقر اهله عليه ووضع عليه الخراج
وهو في الاسرى بالخيار ان شا قتلهم وان شا استرقهم وان شا تركهم احرارا
ذمة للمسلمين ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب اما جواز القسمة فلما روي
ان النبي عليه السلام قسم خيبر بين الغانمين ولان الارض مال مغنوم فجاز قسمته
كساير الاموال فاما جواز اقرار اهله عليه فلان النبي عليه السلام ونزل ما فيها فلم
يقسمها وفتح النبي عليه السلام بني قريظه وبني النظير فلم يقسم شيا منها وافتتح المسلمون
ارض العراق والشام فلم يقسمها اصحاب رسول الله ووضعوا عليها الخراج

بسواد العراق

٢٧٠

من لاذن المولي لان عقد الامان ترك القتال والاذن في الفعل لا يكون اذنا في الاقالة
والاذن في قبض الدين لا يكون اذنا في البراة قيل له العبد من اهل القتال بالاسلام
والحجر يمنعه منه فاذا اذن المولى سقط حقه بالاذن فجاز له الامان لا بالاذن
لكن باسلامه تبين ذلك ان الكافر اذا اذن له في الامان القتال لم يصح امانه لانه لا
اسلام له فيجوز ان يقال ان الامان يستفاد بالاذن لان الماذون بالقتال مامور
بالاقدام في موضع الاقدام والاحجام في موضع الاحجام اذا كان فيه مصلحة والامان
ضرب من الاحجام عن القتال وعلى انه لا يمنع ان يستفاد بالاذن في القتال الامان
وان خالفه كما ان المولي ياذن لعبده في التجارة ومقصوده الاكتساب ويجوز اقرار
العبد بالدين وفيه ابطال الاكتساب والوكيل بالشري يرد بالعيب وهو ضد
التمليك الماذون فيه قال ش واذا غلب الترك على الروم فسبوهم
واخذوا اموالهم ملكوها لان مال الحربي على اصل الاباحة والمباح يملكه من اخذه
ولما روي ان المغيره بن شعبه خرج مع قوم من المشركين الى النبي عليه السلام
ليسلموا فاستغفلهم في بعض الطريق وقتلهم واخذ مالهم فحمله الى النبي عليه السلام
فقال عليه السلام اما الاسلام فقد قبلناه واما المال فمال غدر لا حاجة لنا فيه ولم
يامر برده على ورثتهم قال ش فان غلبنا على الروم حل لنا ما نجده من ذلك
لما بينا انهم قد ملكوه فصار كمالهم الاصلي قال ش فان غلبوا على اموالنا
فاحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي لا يملكوها لنا ما روي تميم بن طرفه
ان رجلا اصاب له العدو بعيرا فاشتراه منهم رجل فجا به فعرفه صاحبه وخا
صمه الى النبي عليه السلام فقال له ان شيت اعطيته ثمنه الذي اشتراه بذلك وهو لك

والا فهو له ولما رواه ابن عباس ان رجلا وجد بعيرا له كان المسلمون اصابوه فقال له النبي عليه السلام ان اصبته قبل ان يقسم فهو لك وان اصبته بعد القسمة اخذته بالقيمة وروي عن ابي بكر وعمر وابي عبيدة وزيد بن ثابت وابن عمر وغيرهم مثل قولنا ولان الحيازة والغلبة سبب للملك يعود الى فعل ادمي فجاز ان تملك به على المسلم كالشرى ولان كل طايفتين يملك احديهما على الاخرى بالقهر والغلبة فان الاخرى تملك عليها بذلك اصله الترك والروم فان قيل روي عن عمران بن الحصين انه قال سبيت امراة من الانصار فكانت الناقة للنبي عليه السلام قد اصيبت قبل ذلك فانفلتت المراة ذات ليلة من الوثاق فجعلت كلما اتت بعيرا افسسته رغا فتركته حتى اتت الناقة فمسها فلم ترغ فقعدت على عجزها ثم صاحت بها فانطلقت وطلبت من ليلتها فلم يقدر عليها فجعلت لله عليها ان نجاها الله ان تنحرها ثم اتوا النبي عليه السلام فاخبروه فقال بئسما جازيتها لا وفا لنذر في معصية ولا نذر فيما لا يملكه ابن ادم واخذ ناقته ولو ملكوها بالقهر لملكتها المراة عليهم ولصح نذرها قيل له عندنا انهم يملكون بالغلبة والحيازة الى دارهم ولا نعلم انهم لعلوا ما اخذوا الى دارهم وحكاية الفعل اذا احتملت سقطت وهذا هو الظاهر الا ترى انهم حملوا في دارهم لتعذر على المراة فان قيل فهو محظور فلا يملك به اصله اذا غصب المسلم من المسلم قيل له يبطل بالمسلم اذا دخل اليهم بامان فاخذ اموالهم غصبا ولان الاسباب المحظورة يجوز ان يقع بها الملك كالمشتري على سوم اخيه وكالبيع عند اذان الجمعة ووطي الاب جارية الابن قال ش فان ظهر عليها المسلمون فان وجدوها قبل القسمة فهي لهم بغير شي وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة

ان حبوا وقال الشافعي يوخذ في الوجهين بغير شي دليلنا ما روي ابن عباس ان رجلا وجد بعيرا له اصابه المسلمون فقال له النبي عليه السلام ان اصبته قبل القسمة فهو لك وان وجدته بعد القسمة خذ بالقيمة ولان حق الرد مستحق فاذا وجده قبل القسمة فقد حصل لهم بغير عوض والرد مستحق عليهم فلزم الدفع المستحق فاما بعد القسمة فقد حصل لهم بعوض وهو نصيبه من المغنم الذي سلم للغانمين ولم يستحق عليه بذل المال في الرد وانما يستحق عليه الرد فلذلك وجب عليه ان يغرم له العوض الذي ليس بمستحق واما الشافعي فبني على اصله لان لا يملك علينا اهل الحرب اموالنا بالغلبة فيكون باقيا على ملك صاحبه فياخذه بغير شي قال ش وان دخل الى دار الحرب تاجرا فاشتري ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شا اخذه بالثمن الذي اشتراه التاجر به وان شا ترك وذلك لانه سلم له بعوض والرد مستحق عليه وبذل العوض ليس بمستحق فلذلك رجع بالعوض قال ش ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرتنا وامهات اولادنا ومكاتبتنا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك وذلك لان ما لا يملك بعضنا على بعض لا يملكه اهل الحرب بالغلبة علينا كاحرارنا فان قيل لما ملكنا عليهم بالغلبة لم تختلف بين احرارهم وعبيدهم ومدبريهم كذلك يجب ان يكونوا لو ملكوا علينا قيل له لما جاز ان تملك بعضهم على بعض بالغلبة وان كان حرا جاز ان يملك ذلك عليهم وكما لم يملك احرارنا لم يملكوهم علينا قال ش واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه وقال ابو يوسف ومحمد يملكون العبد

ايضا وجه قول ابي حنيفة ان العبد ما دام في دار الاسلام فحكم يد المولى ثابتة عليه ولهذا الوجه لابنه الصغير جاز فاذا فارق دار الاسلام الى اول جزء من دار الحرب زالت يد المولى لاستحالة ثبوت يده في دار اخرى ولهذا الوجه لابنه الصغير لم يجز فاذا حصل في يد نفسه بمفارقته دار الاسلام فقد احرزوه من يد نفسه وهي يد لا يتعلق بها الحكم التمليك فصار كمن اشتري من العبد او استوهب وجه قولهما ان العبد مال يجوز تمليكه فصار كالبعير اذا ند اليهم الجواب ان يد المالك لما زالت عن البعير لم يكن له يد في نفسها كانت اول يد سبقت اليها بزوال يد المسلم وهي يد الكافر فجاز ان تملكوها والعبد في يد نفسه على ما قلناه ثم ينتقل الى ايديهم من يد لا يتعلق بها التمليك فلا يملك قال ش واذا لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنايم فقسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم ويقسمها وذلك لما بينا ان الغنيمة لا يجوز قسمتها في دار الحرب ولم يكن بد من نقلها الى دار الاسلام فاذا لم يوجد ما يحمل عليه كلف الغانمين حملها لانه فعل تعود منفعته اليهم ويفعله لحقهم قال ش ولا يجوز بيع الغنايم في دار الحرب قبل القسمة وجملة ذلك ان حق الغانمين يثبت في الغنيمة بالاخذ ويستقر بالحيازة الى دار الاسلام ويملك بالقسمة والدليل على انه لا يستقر قبل الحيازة ان المدد لو لحقهم شاركهم وهذا يمنع من استقرار حقهم فاذا خرجوا الى دار الاسلام انقطع حق المدد فيه فاستقر حقهم ولم يملكوا ابدا بدليل ان الامام له تدبير في الغنيمة الا ترى انه يجوز ان يقسم على الكفار بالجزية وان يسترقهم بحسب ما يرى من الصلاح

وجواز التصرف يمنع من ملكهم واذا ثبت ان الملك للغانمين لا يحصل قبل القسمة لم يجز البيع فيما هو غير مملوك له قال ش ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة وقال الشافعي اذا مات بعد نقضي الحرب فحقه لورثته لنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال فيمن مات من الغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فلا شي له ولانه مات في حال يجوز الانتفاع بالعلف والطعام فصار كالو مات قبل نقضي الحرب فان قيل لو مات بعد قسمة الغنيمة ورث فاذا مات قبل قسمتها وجب ان يورث اصله في دار الاسلام قيل له اذا قسمت فقد تعين حق الغانمين فيها وملكوها فينتقل بالميراث وقبل القسمة لم يتعين له حق ولا حصلت له الحيازة بدار الاسلام فصار كحال القتال قال ش ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته وذلك لان حقهم قد استقر بالحيازة والحقوق المستقرة التي فيها معنى المال تنتقل الى الوارث كالرد بالعيب واذا انتقل الحق الى الوارث قام مقام الميت عند القسمة قال ش ولا باس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض بالنفل على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس والدليل على جواز ذلك قوله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على القتال وقد يكون التحريض بالنفل فدل الظاهر على جوازه وقد روي ان النبي عليه السلام نفل يوم بدر فقال من قتل قتيلا فله سلبه ومن اخذ شيا فهو له ولان الشجعان يرغبون في النفل فيخاطرون بانفسهم وفي ذلك مصلحة للمسلمين وما عاد الى مصلحة المسلمين فهو جايز ثم بين بعد انواع النفل فمنها ان يقول من قتل قتيلا

فله سلبه ويقول السريه لكم الربع ومعناه ان لكم ربع الغنيمة بعد اخراج خمسه
ينفردون بذلك دون ساير الغانمين قال ش ولا ينفل بعد احراز الغانمين
الغنيمة الا من الخمس لان الاحراز تعلق به حق جماعتهم وثبت فيه فلا
يجوز ان يسقط حق بعضهم عنها وقبل الاحراز حقهم غير ثابت فجاز ان يقوم الامام
فليس للغانمين فيه حق وله الامام نافذ فينفل منه قال ش واذا لم يجعل
السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره فيه سوا وقال الشافعي
اذا قتل المسلم وهو ممن له سهم كافرا مقبلا لا مدبرا فله سلبه شرط الامام
ذلك او لم يشرط لنا قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه
الايه فاضاف الغنيمة الى جميع الغانمين وهذا يمنع انفراد الواحد بشي وروي
ان رجلا سال النبي عليه السلام وهو بوادي القرى فقال يا رسول الله ما تقول في المغنم فقال
لله سهم ولهولا اربعة اسهم قال الرجل فهل احد احق بشي من المغنم دون
احد قال لا حتى السهم ياخذه احد من جنبه فليس باحق به من اخيه ولانه مال
للمقتول فلا يستحقه القاتل بقتله كغير السلب فان قيل قال النبي عليه السلام من قتل
قتيلا فله سلبه ولم يفرق بين ان يكون شرط الامام ذلك او لم يشرط ولان
النبي عليه السلام قال ذلك بعد تقضي الحرب وجمع الغنيمة فدل على ان السلب يستحق بالشرع
لا بالشرط قيل له من قتل قتيلا فله سلبه يحتمل ان يكون قاله شرعا
ويحتمل ان يكون قاله شرطا وبكلا الامرين فليس حمل اللفظ على احدهما اولى من الاخر
كقوله عليه السلام من القى سلاحه فهو امن ومن تعلق باستار الكعبة فهو امن ولم يدل على
الشرع فاما قولهم ان النبي عليه السلام قال ذلك بعد تقضي الحرب فليس بصحيح لان النبي عليه السلام شرط

شرط ذلك في حال الحرب وروي ان النبي عليه السلام قال يوم هوازن من قتل مشركا
فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين واخذ اسلابهم وهذا يدل ان
النبي عليه السلام شرط ذلك قبل قتل ابو طلحة فان قيل مال يوخذ من الغنيمة
لا يفتقر تقديره الى اجتهاد الامام فلا يقف استحقاقه على شرط كسهم الفارس
والراجل قيل له المعنى في الاصل انه لما لم يقف على اذن الامام استحقاه
قاتلا او لم يقاتل ولما لم يستحق في مسئلتنا السلب من غير تقدير لم
يستحق الا بالشرط كالنفل وقد قال الشافعي اذا قال الامام من اصاب الشي
فهو له فقد اخطا ومن اصاب شيا فهو لجماعة المسلمين وهذا لا يصح لان
النبي عليه السلام قال يوم بدر من اخذ شيا فهو له وروي عن حبيب بن سلمه
ان النبي عليه السلام نفل في بداته الربع وفي رجعته الثلث ولانه تحريض على القتال
فجاز ان يشرط في مقابلته كالسلب فان قيل قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شي فان لله خمسه وهو عام قيل له ما شرطه الامام نفلا فهو مضاف
الى المشروط له فلا يضاف الى الجماعة فلا يتناوله الايه فان قيل من استحق جزءا
من الغنيمة بغير شرط الامام لم يسقط بشرط الامام اصله الغانمين
قيل له غير الغانمين لا ينفردون عنهم بالاسلاب فلم يستحقوا غير الاسلاب
بالشرط والغانمين بخلاف ذلك قال ش والسلب ما على المقتول من ثيابه
وسلاحه ومركبه وذلك لما روي عوف بن مالك ان رجلا رافقهم في غزوة
موته وان روميا كان يشتد على المسلمين ويغري بهم فتلطف به ذلك الرجل
وقعد له تحت صخرة فلما مر به عرقب فرسه وخر الرومي لقفاه وعلاه بالسيف
فقتله

فاقبل بفرسه وسرجه ولجامه وسيفه ومنطقه وسلاح مذهب بالذهب والجوهر
الى خالد بن الوليد فاخذ خالد طايفه ونفله بقيته قال عوف فقلت يا خالد ما هذا اما تعلم
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للقاتل السلب كله قال بلى ولكني استكثرته ثم عرفا
رسول الله عليه السلام فامر ان يدفع اليه بقية سلبه قال ش واذا اخرج المسلمون
من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمه ولا ياكلوا منها وان فضل معه علف
او طعام رده الى الغنيمة وذلك لانا اجزنا لهم الانتفاع بذلك لاجل الحاجة اليه فاذا
حصلوا في دار الاسلام زالت الحاجة فلا يجوز لهم الانتفاع منه ويرد ما بقي معه
لتعلق حق الجماعة به قال ش ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها
ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين والاصل في ذلك قوله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شي فان لله خمسه فاضاف الغنيمة اليهم واستثنى الخمس فدل ان الباقي يكون
لهم ولما روي ان رجلا سال النبي عليه السلام بوادي القرى فقال يا رسول الله ما في الغنيمة
فقال لله سهم ولهولا اربعة اسهم ولان النبي عليه السلام قسم الاربعة الاخماس بين الغا
نمين قال ش للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد للفارس ثلثة اسهم وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة حديث ابن عمر ان
النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهم وروي في حديث مجمع بن يعقوب
بن مجمع عن ابيه عن جده قال شهدت خيبر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت
السهام على ثمانية عشر وكانت الخيل ثلثمايه فارس والرجالة الف ومايتين فاعطى
النبي عليه السلام الفارس سهما ولفرسه سهما ولان الانتفاع بالفارس اكثر من الانتفاع
بالفرس الا ترى ان الفارس يقاتل وان لم يكن له فرس والفرس لا يقاتل بنفسه

فاذا لم يستحق الادمي اكثر من سهم فالفرس اولى وجه قولهما حديث ابن عمر ان النبي
قال للفارس ثلثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه الجواب انا قد روينا عنه
خلاف ذلك فوقف الاحتجاج فان قيل في حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام يوم خيبر
جعل للفارس ثلثة اسهم قيل له هذا لا يصح الاحتجاج به لان خيبر كانت غنايمها
لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصه فيعطي منها ما شاء ثم لو تعارضت الاخبار تساوت
والاصول لا يقتضي التفضيل وكذلك ظاهر القران وهو قوله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شي الايه فاضاف الغنيمه اليهم وهذا يقتضي التساوي ولانه اله فلا يستحق بها
كساير الالات فاذا وجدنا اخبارا توجب التفضيل اثبتنا منه المقدار المتفق عليه
واسقطنا الزيادة عليه لتعارض الاخبار فيهما قال ش ولا يسهم الا
للفرس الواحد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفه وزفر ومحمد والحسن بن زياد
وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وجه قولهما ما روي ان زبير بن العوام حضر
خيبر بافراس فلم يسهم له النبي عليه السلام الا للفرس الواحد ولان ما زاد على فرس واحد
لا يحتاج اليه فصار كالثالث وجه قول ابي يوسف ما روي ان النبي عليه السلام اسهم
يوم خيبر لفرسين ولان الفرس الثاني يحتاج اليه في القتال اذا اعيا فرسه فوجب
ان يسهم كما يسهم للاول الجواب ان القياس يمنع من الاسهام للخيل وقد
روي انه عليه السلام لم يسهم للزبير الا لفرس واحد وروي انه عليه السلام يوم خيبر اسهم
لفرسين فاثبتنا من ذلك ما اتفقوا عليه واسقطنا ما تعارضت فيه الاخبار
وبقيناه على اصل القياس قال ش والبراذين والعتاق سوا ومن الناس
من قال لا يسهم للبراذين دليلنا ان اسم الخيل يتناول الجميع فتساوت في الاسهام

ولان البراذين قد ينتفع به من وجه لا ينتفع بالعتيق الا ترى ان العتيق يصلح للطلب
والهرب والبرذون اثبت على حمل السلاح واكثر انعطافا في القتال واذا كان
في كل واحد منهما منفعه تختص بالقتال تساويا فان قيل فقد روي ان الخيل اغارت
على الشام وعلى الناس رجل من همدان فادركت العراب من يومها وادركت
البراذين من الغد فقال لا اجعل من ادرك كمن لم يدرك وكتب الى عمر فانكر
ذلك ثم قال امضوها له قيل له لا دليل فيه لان الامير قد حكم في موضع يسوغ
فيه الاجتهاد فلهذا لم يفسخ عمر حكمه قال ش ولا يسهم لراحله ولا
بغل وذلك لا نه آلة فلا يستحق صاحبها لاجلها شيئا كسائر الالات وانما تركوا
القياس في الفرس للخبر وما سواه على اصل القياس ولانه لم يرو ان النبي عليه السلام
اسهم لاجل البغل والراحله قال ش ومن دخل فارسا دار الحرب فارسا
فنفق فرسه يستحق سهم فارس ومن دخل راجلا فاشترى فرسا فله سهم
راجل فالمعتبر عندنا حال الدخول وقد قال الشافعي المعتبر في استحقاق
السهم حال تقضي الحرب فمن لا فرس معه في تلك الحال فله سهم راجل ومن كان معه
فرس يمكنه القتال عليه فله سهم فارس وان دخل راجلا لنا قوله تعالى وما
افاء الله على رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب فدل على ان سبب الا
ستحقاق هو الايجاف ولان المقصود بالخيل ما يحصل من ارهاب العدو
قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم والارهاب يحصل
بدخولهم لان العدو في تلك الحال يسمع عدد الخيل والرجل فاذا حصل المقصود من
الخيل استحق السهم ولم يسقط الا باسقاط مستحقه ولان الاستحقاق اما

ان يعتبر فيه الطرف الاول وهو حال الدخول والقتال والطرف الثاني وهو تقضي القتال
او صفة التمكن من القتال ولا يجوز اعتبار القتال لان من ربط فرسه وقاتل راجلا
استحق سهم فارس ولا يجوز اعتبار تقضي الحرب لان المقصود بالخيل ارهاب
العدو او مباشرة القتال وذلك يحصل قبل تقضي الحرب ولا يجوز اعتبار صفة
التمكن من القتال بدليل ان المستعير يتمكن من القتال على فرس ولا يستحق سهم
فارس فلم يبق الا اعتبار الطرف الاول فان قيل استحقاق الادمي اكد من استحقاق
الفرس ولو مات الفارس قبل تقضي الحرب لم يستحق شيئا كذلك اذا مات فرسه
قيل له اذا مات الفارس فقد عدم المستحق حال الاستحقاق والموت يمنع من انتقال
الملك فلم يجز ان يسهم له وموت الفرس لا يمنع من انتقال الملك الى الفارس واذا
كان المستحق باقيا لم يبطل الاستحقاق بموت التابع له فان قيل لو كان المعتبر
بحال الدخول لوجب اذا دخل الصبي او الذمي ثم بلغ الصبي او اسلم الذمي ان لا
يستحق اعتبارا بحال الدخول قيل له قد قال اصحابنا ان من جن بعد دخول دار
الحرب اسهم له اعتبارا بحال الدخول فاذا اسلم الكافر او بلغ الصبي بعد تقضي الحرب
رضخ لهما ولم يسهم اعتبارا بحال الدخول فاذا بلغ قبل القتال استحق السهم
لانه دخل وليس من اهل القتال ولا من اهل السهم فاذا قاتل بعد كماله صار بحال الوحق
في هذه الحالة وكتجار العسكر واما الراجل فقد دخل وهو من اهل القتال فا
عتبر حال دخوله قال ش ولا يسهم لمملوك ولا امراة ولا صبي ولا ذمي ولكن
يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام وذلك لما روى ابو هريرة ان النبي عليه السلام كان
لا يسهم العبد والنساء والصبيان وروي انه قال لا نجعلهم كاهل الجهاد ور..

ابن عباس انه يرضخ للعبد والمراة قال ش واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم
لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل والدليل على ذلك ما روى الكلبي عن ابي
صالح عن ابن عباس ان الخمس كان يقسم على عهد رسول الله على خمسة اسهم
لله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين سهم وابن السبيل سهم ثم
قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ثلثة اسهم لليتامى والمساكين وابن
السبيل قال ش يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى
اغنيائهم شي وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون بني اميه
وبني نوفل لنا ما رويناه عن الخلفاء انهم قسموا الخمس على ثلثة اسهم ولو كان
لذوي القربى سهم لم يكن لهم اسقاطه وروي ان نجده الحروري كتب الى ابن عباس يسأله
عن الخمس لمن هو فكتب اليه يزعم انه لنا ويزعم قومنا انه ليس لنا وعن
محمد بن اسحاق قال سالت ابا جعفر محمد بن علي كان يصنع في الخمس حين ولي
العراق قال سلك به سبيل ابي بكر وعمر قال فقلت فانتم تقولون قال والله ما اهله
يصدرون الا عن رايه قلت فما منعه قال كره ان يدعي خلافهما ولو كان حقا للاغنيا
لم يسقط حقهم وان خالف راجما ايضا فقد اتفق اهل السيره ان النبي عليه السلام
نفل الخمس هوازن ولم يدفع منه الى هاشمي شيئا وقسم خيبر ولم يجعل
للعباس عمه شيئا وقسم لفاطمه بنته ولزوجها ولم يقسم لبنته زينب ولا
لام كلثوم ولو كان حق لهم لم يجز له منعه منهم كما لا يمنع للغانمين حقهم
وروي عبد الرحمن بن ابي ليلى عن علي ان فاطمة اتت النبي عليه السلام وقد بلغنا انه

سبي فسألته خادما ولم تلقه ولقيتها عايشة فاخبرتها بالحديث فلما جاء النبي عليه السلام
اخبرته بذلك فاتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اخذنا مضاجعنا فذهبنا لنقوم
فقال مكانكما فقعد بيننا فقال الا ادلكما على خير مما سالتماه تكبران الله اربعا وثلثين
وتسبحانه ثلثا وثلثين وتحمدانه ثلثا وثلثين اذا اخذتما مضاجعكما فانه خير لكما
من خادم ولانه لا شبهة لمن نظر في السيرة ان النبي عليه السلام لم يسو بينهم قط
ولا اعطى الذكر مثل حظ الانثيين فدل على بطلان ما يقولونه فان قيل قال الله تعالى
واعلموا انما غنمتم فاثبت لهم حقا بلام التمليك وذلك يفيد الاستحقاق قيل له
الظاهر يدل على استحقاق ذوي القربى وليس فيها قربى النبي عليه السلام ولا قربى المسلمين
بل الظاهر قربى المسلمين لان الله تعالى في كل موضع ذكر اولي القربى اراد به قربى
المسلمين ولان الخطاب للمسلمين قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنه ولان
الاموال المضافة الى الله تعالى هي المرصدة للقرب المعدة لها وقد بينا ان النبي
عليه السلام لم يدفع اليهم ودفع الى غيرهم فدل الايه على ما نقوله من انه لا سهم لهم وانما
يستحقونه كما يستحقه ساير الغانمين قال ش فاما ذكر الله تعالى في الخمس
فانما هو لافتتاح الكلام تبركا لاسمه وذلك لما روى سفيان الثوري عن قيس
بن مسلم قال سالت الحسن بن محمد عن قول الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شي الايه
قال هذا مفتاح كلام الله الدنيا والاخرة قال ش وسهم النبي عليه السلام سقط
بموته كما سقط الصفي وقال الشافعي هو للامام بعده ومنهم من قال يجعل
في الكراع والسلاح دليلنا ما روي عمرو بن عنبسة قال النبي عليه السلام صلى رسول
الله عليه السلام على جنب بعير من الغنيمه فلما سلم اخذ وبرة من جنب البعير

ثم قال لاهل بيتي من غنايمكم مثل هذا الا الخمس والخمس مردود فيكم وعن ... بن علي
انه يرجع الى الجماعه وهذا لا يكون الا على قولنا ولانه عليه السلام كان يستحق من
الغنيمة الصفي والخمس فاذا سقط الصفي بموته كذلك الخمس ولان ذلك السهم
لو كان باقيا افرده الايمه بعده وصرفوه في وجهه ولو فعلوا ذلك لنقل
من طريق الاستفاضة قال ش الحسن بن محمد ثم اختلف الناس في هذين
السهمين بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم ذوي القربى فقال قايل منهم
سهم ذوي القربى لقرابة الخليفه من بعده وقال قايل القرابة رسول الله صلى الله عليه وعلى
اله وقال قايل منهم سهم الرسول للخليفه فاجمعوا رايهم ان جعلوا هذين
السهمين للخيل والعدة في سبيل الله فكانا على ذلك خلافة ابي بكر وعمر نقل
ذلك بن اسحاق قال سهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمان رسول الله
بالنصرة وبعده بالفقر وقال الشافعي يستحقونه بالاسم والدليل على ما قلنا
ان النبي عليه السلام اعطى بني المطلب وحرم بني اميه وهم اليه اقرب لان اميه اخو هاشم
لابيه وامه والمطلب اخوه لابيه ولو كان الاستحقاق بالقرابه لكان بني
اميه اولى وعن سعيد بن المسيب عن محمد بن جبير بن مطعم عن ابيه قال لما
وضع رسول الله سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني
عبد شمس انطلقت انا وعثمان بن عفان الى النبي عليه السلام فقلت يا رسول الله
هولا بني هاشم لا ينكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا
بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحده فقال عليه السلام انهم لم يفارقوا
مني في جاهلية ولا اسلام وانما بنو المطلب وبنو هاشم كشي واحد وشبك

بينهم ... فدل هذا الخبر ان الاستحقاق كان بغير القرابة ولهذا الخبر قال ابو بكر الرازي
انهم كانوا يستحقونه في زمان النبي عليه السلام بالنصرة فان قيل روى عبد الرحمن بن ابي ليلى قال
سمعت عليا رضي الله عنه يقول اجتمعت انا والعباس وفاطمة بنت رسول الله وزيد بن حارثة
عند رسول الله فقال العباس يا رسول الله كبرت سني ودق عظمي وركبتني مو
ونه فان رايت ان تامر لي كذا كذا وسقا من طعام فافعل قال نفعل ذلك ثم قالت فاطمة
يا رسول الله انا منك بمنزلة الذي علمت فان رايت ان تامر لي كما امرت لعمك فافعل
قال نفعل ثم قال زيد بن حارثه يا رسول الله اعطيتني ارضا اعيش فيها ثم قبضتها
مني فان رايت ان ترد علي فافعل فقال نفعل فقلت يا رسول الله انا رايت ان توليني
حقنا من الخمس في كتاب الله فاقسمه في حياتك حتى لا ينازعنه احدا بعدك فافعل
قال نفعل ذلك قال فقسمته حيوة رسول الله ثم ولانيه ابو بكر فقسمته حيوة
ابو بكر ثم ولانيه عمر فقسمته حيوة عمر حتى كان اخر سنه سنين عمر فاتاه
مال كثير من الاهواز والشوس فعزل حقنا ثم ارسل الي فقال هذا حقكم فخذه
فاقسمه حيث كنت تقسم فقلت ان العام عنه غني وبالمسلمين عنا حاجة
فارددناه اليهم ثم لم يدعني اليه احد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من
عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شي لا يرد علينا ابدا وكان رجلا داهيا
فدل هذا الخبر على ثبوت السهم وعلى انه لا يسقط بموت النبي عليه السلام ودل الاجماع
على ذلك ولان ابا بكر وعمر ولياه ذلك قيل له انما رد الى علي التدبير والقسمه
الذي كان اليه النبي عليه السلام وقد كان له ان يسوي بينهم وكان له ان يمنع بعضهم على ما
رويناه وهذا يمنع ان يكون على طريق الاستحقاق ولان عليا قد بين انهم

يستحقونه بالحاجة الا ترى انهم لو استحقوه بالاسم لم يجز له اسقاط حقهم بل ...
وعن عبد الله بن الحسن لما منعنا الصدقه جعل بدلها سهم ذوي القربى خمس
الخمس ومعلوم ان الصدقه حرمت على فقرايهم فدل ان خمس الخمس لمن حرم عليه
الصدقه وهذا يمنع من استحقاقه بالاسم والقرابة قال ش واذا دخل الوا
حد او الاثنين الى دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا اشيا لم تخمس وقال
الشافعي تخمس لنا انه مباح ماخوذ بغير سبب مقاتلة فلا تخمس كالطلب لان
العدد اليسير لا يدخلون لاعزاز الدين وانما يدخلون لاكتساب الاموال فصار كالتجا
رة فان قيل قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شي الايه قيل له اسم الغنيمه عند
العرب يتناول المال الماخوذ بالقهر والغلبة وما ياخذه اللص يسمى سرقه
وما ياخذه الواحد يسمى خلسة فان قيل كل طايفه لو دخلت باذن الامام خمس
ما اخذت كذلك اذا دخلت بغير اذنه كالجماعة قيل له ما ياخذه الجماعة هو
ماخوذ بظهر المسلمين بدليل انه لا يجوز لهم ترك نصرتهم ان احتاجوا فلذلك
خمس ما اخذوه وليس كذلك الواحد لان ما ياخذه ليس ياخذه بظهرهم بدليل انه لا
يلزم نصرته واما اذا دخل الواحد والاثنان باذن الامام فالمشهور من الرو
ايه انه تخمس ما اخذه لان الامام اذا انفذهم فقد الزم نصرتهم بامدادهم لمن
تخلصهم فصار ما ياخذه بظهر الجماعة فيخمس كما تخمس ما ياخذ الجيش العظيم
وقد روي عنهم رواية اخرى انه لا تخمس لان ما لا تخمس منعة له من العدد ولا يقدر
على مغالبة الكفار وقهرهم والماخوذ ليس بغنيمه بل هو ماخوذ على وجه
التلصص فلا تخمس قال ش واذا دخل جماعة لها منعة فاخذوا اشيا

خمس وان لم ياذن لهم الامام وذلك لان ما ياخذونه يسمى غنيمه الا ترى انه ماخوذ
على وجه القهر والغلبة فيدخل تحت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شي فان
لله خمسه ولان ما ياخذه الجماعه الذي لها منعه هو ماخوذ بظهر المسلمين
بدليل انه يلزم الامام نصرتهم وان كانوا دخلوا بغير اذنه لان في تركه نصرتهم وهن
بالمسلمين وما اخذ بظهر المسلمين وجب فيه الخمس قال ش واذا دخل
المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض بشي من اموالهم ولا من دمايهم فان
غدر بهم واخذ شيا وخرج به الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا ويومر ان
يتصدق به والاصل في ذلك قصة المغيرة بن شعبة حين صحب قوما في الجاهليه
فقتلهم واخذ اموالهم وجا الى النبي فقال عليه السلام اما الاسلام فقد قبلناه منك واما
المال فانه مال غدر فلا حاجة لنا فيه ولم يامر برده على ورثة المقتولين فدل ذلك
انه قد ملكه على وجه محظور ولانهم مكنوه من الدخول على شرط ان لا يتعرض
لهم بشي ولا يجوز للمسلم ان يخفر الامان ومال الحربي وان كان محظورا بالامان
لا يمنع من وقوع الملك لمن اخذه على وجه الغلبة الا ترى ان اموالنا محظورة
عليهم ويملكونها بالغلبة الا انه يجب ان يفتي المسلم فيما بينه وبين الله تعالى ان
يرد عليهم ما اخذه منهم لانه مال غدر وانما قلنا يتصدق به لانه مال حصل له من
وجه محظور فلم يسعه الانتفاع به ولزمه التصدق به كشاة الانصار قال ش
واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام
ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزيه والاصل في هذا ان المستامن لا يتر
كه الامام ان يقيم في دار الاسلام اقامة دايمة لان الشرع انما ورد بجواز اقامته
ابدا

جو

ادى الجزيه او استرق فاما ان يقيم كافرًا في دارنا اقامة دايمة على غير الو
فلا ولان في اقامته مضرة للمسلمين لجواز ان يقف على امورهم فلا يومن ان يدل
عليهم العدو ولم يجز للامام ان يفعل ما يودي الى ذلك واذا ثبت هذا قلنا المدة
اليسيرة لا يمنع منها لقوله تعالى وان احد من المشركين الايه ولان في منعهم
اضرار للمسلمين لانقطاع السلب والجلب فيجوز مقامهم بقدر الحاجه واذا
ثبت ان المقام الطويل لا يجوز والقليل يجوز احتجنا الى حد فاصل بينهما فقال
اصحابنا يقدر ذلك ما دون السنه لان السنه مدة تجب فيها الجزيه ولا يجوز
ان يقيم الكافر في دارنا وهو حر في مدة الجزيه واذا لم يجز ذلك تقدم الامام اليه
بالعود الى بلده او دفع الجزيه وان اقام سنه من يوم يقدم اليه اخذ منه الجزيه
ولم يتركه يرجع الى بلده لانه لما اقام بعد التقدم اليه صار ملتزمًا للجزيه و
الجزيه يلزم بالالتزام واذا وضعت عليه الجزيه صار ذميًا والذمي لا يمكن ان
يرجع الى دار الحرب **قال** فان اقام اخذت منه الجزية وصار ذميًا
ولم يترك ان يرجع الى دار الحرب وقد بينا ذلك فان عاد الى دار الحرب وترك
وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحًا بالعود وما في
دار الاسلام من ماله على خطره اما دمه فقد صار مباحًا لبطلان امانه وحصوله
في مكان يوجب الاباحة واما ماله فقد احرزه بيد صحيحه وحكم الامان فيه باق وكان
على خطره **قال** وان اسروا وقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة
فيا وقال الشافعي يكون لورثته الوديعة وفي الديون قولان احدهما انه لورثته
والاخر انه مغنوم لنا ان يد المودع كيد مودعه فصار كان المال في يده حين القلة

بالدين
عليه فيكون فيا ولان المطالبة قد سقطت بالدين من جهة المستحق على التابيد
فصار كالبراة ولانه حق في الحقوق فلا يغنم اصله منافع البضع فان قيل ماله
له امان ولم يبطل ببطلان الامان عن ماله كما لو لحق بدار الحرب ولم يقدر عليه
قيل له عندنا لا يبطل الامان ببطلان امان ماله لكن يسقط حقه بالاسترقاق
وانه ممن لا يصح ان يقتني الملك فان قيل مات عن مال له امان فوجب ان ينتقل الى
ورثته كما لو مات في دار الاسلام قيل له موته من غير ان يغلب عليه لا يوجب بطلان
حقوقه فبقي حقه من الامان فلم يغنم المال واسره اوجب بطلان حقوقه
الا ترى انه زال الملك عن ذمة فبطل الامان كما بطلت حقوقه ووجب انتقال المال
الى المسلمين **قال** وما اوجف عليه المسلمون من اموال اهل الحرب بغير
قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وهذا الذي ذكره مثل
الاراضي التي اجلوا عنها والجزيه والعشور وقال الشافعي اربعة اخماسه
للنبي عليه السلام وخمسه يقسم كما يقسم خمس الغنيمه وما يفعل بنصيبه بعده
فيه قولان احدهما لمصالح المسلمين والاخر يصرف الى المقاتله لنا قوله تعالى
ما افا الله على رسوله من اهل القرى الايه ثم قال للفقرا المهاجرين ثم قال والذين
تبوا الدار الايه يعني الانصار ثم قال والذين جاوا من بعدهم فهذا يدل على ثبوت
حق جميع المسلمين في الفي ولو قسم ما قاله المخالف لم يبق فيه حق لمن بعد المها
جرين والانصار وعلى ابطاله الايه وقال تعالى كي لا يكون دولة بين الاغنيا منكم
ولو ملك النبي عليه السلام اربعه اخماسه وخمس خمسه جاز ان يملكه من شا ويصير دولة
بين الاغنيا وهذا خلاف الظاهر لقوله عليه السلام ما لي مما افا الله عليكم الا الخمس

والخمس مردود فيكم وهذا ينفي ثبوت حقه في اربعة اخماسه ولان النبي عليه السلام اخذ الجزيه
من مجوس هجر ونصارى نجران ويهود ايله وامر معاذ فاخذها من اهل اليمن وو
ضعها عمر على اهل السواد والشام ووضعت في بيت المال ولم تخمس فمن قال
انها تخمس فقد خالف الاجماع والسنة ولانه ماخوذ بظهر المسلمين فلا يستحق
النبي عليه السلام اربعة اخماسه كالغنيمة فان قيل روي عن الزهري قال سمعت مالك
بن اوس بن الحدثان يقول سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلي يختصمان اليه
في اموال النبي عليه السلام فقال عمر كانت اموال بني النضير مما افا الله على رسوله
مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت لرسول الله خالصًا من دون
المسلمين وكان النبي عليه السلام ينفق منها نفقة سنة على اهله فما فضل جعلت في الكراع
والسلاح يتخذه عدة في سبيل الله ثم توفي رسول الله فوليها ابو بكر مثل ما و
ليها رسول الله ثم وليتها عمر بمثل ما وليه رسول الله وابو بكر ثم سالتماني ان او
ليكموها على ان تعملا فيها على ما وليها به رسول الله ثم جيتماني تختصمان تريدان
ان ادفع الى كل واحد منكما نصفًا اتريدان مني قضا غير ما قضيت بينكما اولا
والذي باذنه يقوم السموات والارض لا اقضي بينكما قضا غير ذلك فان عجزتما
عنها فادفعاها الي اكفيكماها قيل له لا دليل في هذا لان قوله تعالى مما افا الله
على رسوله انما اضافها اليه لانها موقوفة على تصرفه وتدبيره وقوله وكانت له
خالصًا يريد به التصرف فيها بين ذلك ما روي ان فاطمة جاءت الى ابي بكر يطلب
ارثها من القرى فقال لها والله ما خلق الله خلقًا هو احب الي من ابيك ولا خلق
بعد ابيك احب الي منك ولان تحتاج عايشه ايسر علي من ان تحتاجي والذي بعث

ابا كالحق ما كان ابوك هذه الاموال قط وكان ذلك بحضرة الصحابة فبان ان عمر قال
كانت للنبي عليه السلام خالصًا اي موقوفة على تصرفه ورايه وانما قال في الغنيمه التي تقسم
بين اهلها فيتصرفون كيف شاو وما ذكرناه من الاخبار والاجماع يقطع هذا التاويل
فان قيل مال رجع من المشركين الى المسلمين بجعلت قسمته الى الامام فوجب ان
تخمس كالغنيمة قيل له الغنيمة مملوكه بشيين مختلفين بمباشرة الغانمين و
بظهر المسلمين فاستحق اهل الخمس معنى والغانمون معنى اخر وليس كذلك
الفي لانه مملوك بسبب واحد وهو الرعب بالمسلمين فاذا استحق بسبب واحد
كانت جهته واحدة ولم يتبعض استحقاقه كمال الزكوة والعشر **قال**
وارض العرب كلها ارض عشر وهي ما بين العذيب الى مكه الى اقصى حجر باليمن
بمهرة الى حد الشام والاصل في ذلك ان النبي عليه السلام والخلفا الراشدين بعده لم ياخذوا من
ارض العرب خراجًا فدل على انها عشريه ولان الخراج طريق الفي الا ترى انه لا
يبتدا به المسلم فوجب ان لا يتعلق باراضيهم كما لا يتعلق برقابهم **قال**
والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب وعقبة حلوان ومن العلث الى
عبادان ولان عمر رضي الله عنه فتح هذه البلاد عنوة وانفذ اليها حذيفة بن اليمان
وعثمان بن حنيف فمسحها ووضع عليها الخراج وكان ذلك بحضرة الصحابة
من غير خلاف وكذلك اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام **قال**
وارض الخراج مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها وهذا مبني على
اصل وهو ان الامام اذا فتح عنوة وراى ان الاصلح ان يقر اهلها على املاكهم و
يضع عليهم الخراج فعل وقال الشافعي يقسمها ويخمسها ولا يقر
اهلها

عليها والدليل على ما قلناه ان عمر فتح السواد واقر اهله عليه بحضرة الصحابة
من غير نكير فدل ذلك على جواز ترك القسمة فان قيل فقد قسم عمر بن الخطاب
السواد واصاب بجيله ربعه فاخذوه سنين ثم ارتجعه منهم وعوضهم منه قيل
قيل له نحن لا ننكر جواز القسمة فان قسمة عمر لم تقدح في قولنا وان ترك قدح
في قول المخالف فلا معنى لهذا السوال فان قيل عمر وضع الخراج اجرة للارضين او
ثمنا فاما خراج الاملاك فلا قيل له هذا لا يصح لان عمر قال لحذيفة وعثمان بن حنيف
كيف فعلتما لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق قال حذيفة لو اغليها لخالت قد
حملتها امرا هي له مطيقة وفيها كثير فضل فلو كانت الاراضي للمسلمين لما قال عمر
عمرا واجرها لم يكن عليهما حرج ان زادوا ذلك على ما تطيق فدل على ان الاراضي للكفار
وانه كره ان تحملهم ما لا يطيقونه كما لا يفعل ذلك في الجزية وروى ثعلبة بن زيد
عن علي قال لولا ان يضرب بعضكم وجه بعض لقسمت هذا السواد بينكم فدل على
انه لم يقسم اذ لو قسم مرة لم يقسم ثانيا ودل ايضا انه لم يواجر ولم يبع لانه لو كان
كذلك لم تجز قسمته ولانه مغنوم يمكن وضع الخراج عليه فجاز اقراره بالخراج
على ما كان عليه اصله الرقاب فان قيل قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شي فان لله
خمسه والخمس لا يجوز اسقاطه قيل له الاية يتناول غنيمة ماضيه ولا يفيد
حكم الغنيمة في المستقبل فان قيل مال مغنوم فلم يكن للامام ان يقر اهله عليه اصله
ما ينقل ويحول قيل له ما ينقل ويحول البيع في ترك قسمته فايدة تعود الى المسلمين
فلم يجز اسقاط حق الغانمين عنه والاراضي في ترك قسمتها فايدة للمسلمين ومصلحة
وهو الخراج فصارت كالرقاب واذا ثبت جواز اقرارهم عليها كانت ملكا لهم
قال

قال وكل ارض اسلم اهلها عليها او فتحت عنوة فقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر
لان الحق المتعلق بها ابتدي به المسلم فالمسلم لا يبتدا بالخراج لانه فيء وانما يبتدي بما
هو طهرة قال وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها فهي ارض
خراج وذلك لان الحق يبتدا به الكافر والكافر يبتدا بالفيء لا بالطهرة وعلى هذا
اذا صالح الامام اهل بلد على بلدهم فعليهم في اراضيهم الخراج لما ذكرنا قال ومن
احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج
فهي خراجيه وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشريه والبصرة عنده عشريه
باجماع الصحابه وقال محمد ان احياها ببير احتفرها او عين استخرجها او بما
دجلة والفراة والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشريه وان احياها بما الانهار
التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجيه وجه قول ابي يوسف
ان حيز الارض في حكمها بدليل انه لا يجوز لاحد احيا ما قرب من العامر لما كان في حكمه
فلذلك لا يجوز لصاحب الدار الانتفاع بحريمه فكذلك ايضا الارض المحياة وجب اعتبار
بحيزها في حق المتعلق بها وقد كان القياس ان يكون البصرة خراجيه لانها من
حيز ارض الخراج وان احياها المسلمون الا ان الصحابه وضعوا عليها العشر
وترك القياس لاجماعهم وجه قول محمد ان الخراج فيء والمسلم لا يبتدا بالفيء الا ان
يلتزمه فاذا ثبت هذا نظر فان كان احياها ببير استنبطها او حفر بير او
بما الانهار العظام لم يلتزم الخراج فلا يوضع عليه وان احياها بما الانهار
المملوكة فقد التزم الخراج لما كان حكم الفي يتعلق بهذه الانهار كانه ابتاع
ارض خراج فلزمه بالتزامه قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه

على السواد من كل جريب يبلغه الما قفيزا هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن الرطبة خمسة
دراهم ومن جريب الكروم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم وكان ذلك بحضرة
الصحابة من غير نكير فصار ذلك اجماعا منهم عليه والذي يوكد ذلك ويصونه ما روى
ابو هريرة عن النبي عليه السلم قال منعت العراق قفيزها ودرهمها ومنعت الشام
مدها ودينارها ومنعت مصر اردبها ودينارها وعدتم كما بدأتم يشهد بذلك
لحم ابو هريرة ودمه فقدم النبي عليه السلم من منع هذه الحقوق في اخر الزمان وهذا
هو الخراج الذي وضعه عمر فدل ذلك على صوابه قال وما سوى ذلك من
الاصناف يوضع عليها بحسب الطاقة وان لم يطق ما وضع عليها نقصه الامام
والاصل في ذلك ما روي ان عمر لما فتح السواد انفذ حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف
فمسحاها ووضعا عليها الخراج فلما عاد قال لهما لعلكما حملتما الارض ما لا يطيق قالا لا
وهذا يدل على اعتبار الطاقة فيما يوضع من الخراج فاذا كان قد وضع على ارض ما لا يطيق
وجب ان ينقص من ذلك ليعود الحق الى حد الطاقة قال وان غلب على ارض
الخراج الما او انقطع عنها الما او اصطلم الزرع بافة فلا خراج عليهم وذلك لان الخراج
يجب لاجل ما يحصل لصاحب الارض من المنفعة لانه لا يجوز ان يكون ارض في يد
كافر في دار الاسلام ينتفع بها ولا حق للمسلمين فيها ولهذا يعتبر الحق بما يطيقه
الارض وفي مسالتنا لا يمكن الانتفاع بها فسقط عنه الخراج كالارض السبخة التي لا
تنبت قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج وذلك لانه متمكن من الانتفاع
بها وانما عدمت الانتفاع بتفريطه فلا يسقط الحق الواجب على رقبة
الارض بذلك قال ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله وذلك

لان ارض السواد وضع عمر بن الخطاب الخراج ثم اسلم اهلها وبقي الخراج بحاله وقد قال
الشافعي اذا صالح الامام اهل بلد وامنهم فاقرهم على املاكهم واجرى في بلدهم احكام الاسلام
على ان يوخذ من كل جريب كذى فان كان جعله ما على البلد اذا قسط على الرقاب اصاب
كل رقبة دينار فصاعدا جاز وكان ذلك جزية يسقط بالاسلام فان اصاب كل واحد اقل
من دينار لم يجز ولا يخالف فيما وضعه عمر على اهل السواد لانه لا يسقط بالا
سلام وهذا الذي ذكره لا يصح لان ما وضعه الامام على اراضيهم يقسط على الار
ضين والرقاب فحصة الارضين خراج وحصة الرقاب جزية ولو قلنا ان
جميعه جزية ادى ذلك الى ان يكون ارضا في دار الاسلام ينتفع بها لا حق عليها وهذا
لا يجوز كارض المسلم ولان المسلم اخص بدار الاسلام فاذا لم يسلم له منفعة الا
رض الا بحق يجب عليه فالكافر اولى فان قيل انه مال ماخوذ في مقابلة حقن الدم و
الاقرار على الكفر كالجزية قيل له لا نسلم ذلك والمعنى في الجزية انها وضعت على
الرقاب اذلالا ولا يجوز ان يذل المسلم والخراج وضع على الارضين وحقوق
المال ليس فيها اذلال فلم يسقط بالاسلام قال ويجوز ان يشتري
المسلم من الذمي ارض الخراج ويوخذ منه الخراج اما جواز الشرى منه فلانها
ملكه فجاز الشرى منه كسائر املاكه واما لزوم الخراج للمسلم فلما روي ان جماعة
من الصحابة اشتروا ارض الخراج بالكوفة وادوا الخراج ولانه اذا اشترى
ارض خراج صار ملتزما للعقد للخراج ويجوز ان يلزم الانسان بالتزامه ما لا
يجوز ان يلزمه ابتدا كالمسلم اذا تكفل بجزية ذمي قال ولا عشر في الخراج
من ارض الخراج وقد بينا ذلك في الزكوة واذا اشترى الذمي ارض عشر

قال ابو حنيفه و زفر يوخذ منه الخراج وقال ابو يوسف عشران وقال محمد عشر واحد
وجه قولهما ان العشر طريقه الطهرة بدليل انه يصرف مصرف الزكوة فلا يجوز
اثباته في حق الذمي لان الطهرة لا يثبت في حقه فان قيل لا يمنع ان لا يثبت ابتدا
ويبقى في حقه كالخراج الذي لا يثبت في حق المسلم ابتدا ويبقى في حقه اذا اشترى
ارض خراج قيل له المسلم يجوز ان يثبت في ماله حق الفي بدليل انه لو اسلم في دار
الحرب ثم غلبنا على الدار كان عقاره فيا وزوجته واولاده الكبار فكذلك ايضا
يجوز ان يبقى في حقه الخراج الذي طريقه الفي والذمي لا يجوز ان يثبت في حقه
الطهرة ابتدا فلم يجز تبقيه العشر الذي طريقه الطهرة واذا اسقط العشر
وجب الخراج كالذمي اذا جعل داره بستانا وجه قول ابي يوسف ان الخراج مال
يختلف الواجب فيه باختلاف المالك فكان على الذمي ضعف ما على المسلم كالمال اذا
مر به على العاشر وجه قول محمد انه حق ابتدي به الارض ولا ينتقل عنها كالخراج
واما التغلبي اذا اشترى ارض عشر فذكر محمد في الاصل ان عليه عشران
ولم يذكر خلافا وقال الشيخ ابو الحسن هذا قول ابي حنيفه وابي يوسف وقال
محمد عشر واحد وجه قول ابي حنيفه ان الصلح مع بني تغلب وقع على ان يوخذ
منهم ضعف ما يوخذ من المسلمين والمسلم يوخذ منه العشر فيوخذ منهم العشر
واما ابو يوسف فيقول انه حق يختلف باختلاف المالك فكان عليهم ضعف ما على
المسلم كاموال الزكوة وجه قول محمد ما ذكره في المسالة الاولى فان باع التغلبي
هذه الارض مسلما اخذ منه عشران عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد
عشر واحد وجه قول ابي حنيفه ان التغلبي لما ضعف عليه العشر صار خراجا

خراجا لاستحالة اخذ العشر من مال كافر والخراج اذا تعلق بارض لم يتغير بالمالك وابو يوسف
بنى على اصله ان الحق يختلف باختلاف المالك فصار كانه لم يزل على ملك المسلم وعند محمد وجوب
العشر لا يتغير بملك التغلبي فملك المسلم اولى **قال** والجزيه على ضربين جزيه
توضع بالتراضي فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق وجزيه يبتدي الامام وضعها
اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة
ثمانية واربعون درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم والمتوسط الحال اربعة
وعشرون درهما في كل شهر درهمين والفقير المعتمل اثنا عشر درهما في كل شهر
درهم والاصل في جواز اخذ الجزيه قوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله الايه فدل
على جواز اخذ الجزيه وعلى وجوب قبولها منهم اذا بذلوها فان قال قايل الكفر
معصيه فكيف يجوز اخذ العوض واباحه ساير المعاصي قيل له هذا غلط لان
الجزيه ماخوذه عن ترك القتال وقد كان يجوز من طريق العقل ان يحظر علينا
قتل الكفار ولا يتعبد به فكذلك يجوز ان يتعبد بتركه بعوض الجزيه ولان قتل واجب
فجاز اسقاطه بعوض كالقصاص واذا ثبت جواز اخذ الجزيه قلنا ما كان منها
على وجه الصلح والتراضي فلا يوخذ غيره ولا يغير لان التراضي لم يقع بغيره واما
الضرب الثاني فهو المقدار الذي ذكره صاحب الكتاب على الغني والمتوسط
الحال والفقير المعتمل وقال الشافعي هي مقدرة يستوي فيها الغني والفقير
دليلنا ما روي عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر وجه حذيفه بن اليمان و
عثمان بن حنيف الى السواد فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج وجعل
الناس ثلث طبقات على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط اربعة
وعشرين درهم

وعلى الفقير المعتمل اثنا عشر درهما ورفعا الى عمر فاخبراه بذلك وكان ذلك بحضرة الصحابة
من غير نكير وعمل بذلك ايضا عثمان وعلي رضي الله عنهم الا ان رايهما وافق ذلك فان قيل كان ذلك
على وجه التراضي قيل له البلاد فتحت عنوة فاذا اقروا على دينهم لم يتغير للتراضي لان عمر
قال لهم يطيقون اكثر من ذلك فزاد عليهم درهمين ثم ردها الى الاولى ولو كان ذلك على وجه
التراضي لم يجز ان يزيد عليهم بالاحتمال ولانه حق يبتدا به الكافر فوجب ان يختلف با
ختلاف الامكان كالخراج فان قيل روي ان النبي عليه السلام انفذ معاذا الى اليمن وقال خذ من
كل حالم دينار قيل له يحتمل انه على وجه التراضي تبين ذلك انه قد روي ان النبي عليه السلام قال
لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافري والنسا لا جزية عليهم الا
ما كان على وجه الصلح ويحتمل انه وضع ذلك لاحتمال الطاقه ولو كان سنة مقدرة لم يجز
ان يغير بعد ذلك وقد روي عن ابن ابي نجيح قال سالت مجاهدا عن وضع عمر على اهل الشام
من الجزيه اكثر مما وضع على اهل اليمن فقال لليسار فان قيل معنى يحقن به الدم فاستوى
الغني والفقير كالاسلام قيل له الاسلام من حقوق الابدان وذلك لا يختلف باليسار والاعسار
والجزية من حقوق المال فيجوز ان يختلف بحق الله تعالى **قال** وتوضع الجزيه
على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم اما اهل الكتاب فلقوله تعالى من الذين
اوتوا الكتاب الايه وهو عام واما المجوس فلما روي ان عمر قال ما اصنع بالطايفه التي
من اهل الكتاب فقال عبد الرحمن بن عوف سمعت رسول الله يقول سنوا بهم سنة
اهل الكتاب ولا خلاف في هذا واما عبدة الاوثان من العجم فيجوز اخذ الجزيه منهم
وقال الشافعي يسترقون ولا يقبل منهم الجزيه لنا ان النبي عليه السلام كان يبعث جيشا
وامرهم فقال ادعوهم الى شهادة ان لا اله الا الله قال فان ابوا فادعوهم الى ادا
الجزيه

قوله وتوضع الجزيه على اهل الكتاب سوا كانوا من العرب او العجم

وهو عام ولانه يجوز استرقاق رجالهم فجاز اخذ الجزيه منهم كاهل الكتاب فان قيل
روي عبد الرحمن بن عوف ان النبي عليه السلام قال في المجوس سنوا بهم سنة اهل الكتاب قيل له هذا
دليل عليكم لان الخبر يقتضي ان المجوس لا كتاب لهم ولان الجزيه لا تختص باهل الكتاب فان قيل
فقد شك عمر في المجوس حتى روى له عبد الرحمن الخبر قيل له لان عمر ذهب الى التخصيص
في الايه باهل الكتاب ولم تقم عنده دلالة على غيره حتى سمع الخبر فعلم ان الحكم عام في
الكتابي وغيره فان قيل من لا يقبل منه الجزيه اذا كان عربيا لا يقبل اذا كان عجميا
اصله المرتد قيل له المرتد لا يقر على كفره بالاسترقاق وكذلك بالجزيه والعجمي الوثني
خلافه **قال** ولا يوضع على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين اما عبدة
الاوثان من العرب فلا يجوز استرقاق رجالهم فلا يجوز اقرارهم بالجزيه كالمرتدين
ولانهم بالغوا في اذيه النبي عليه السلام وتكذيبه واخراجه من وطنه فعوقبوا على ذلك
فلم يقبل منهم الا السيف او الاسلام والدليل على انه لا يجوز استرقاقهم خلاف ما قاله
الشافعي ان النبي عليه السلام قال يوم خيبر لو كان يجري على عربي رق او سبي لكان اليوم
لكنه الاسلام او السيف ولانه سبب للاقرار على الكفر فلا يثبت في حق عبدة
الاوثان من العرب كالجزيه فان قيل يجوز استرقاق نسايهم وصبيانهم كذلك رجالهم
كاهل الكتاب قيل له المعنى في الاصل انه يجوز اخذ الجزيه منهم فجاز استرقاقهم وها
هنا بخلافه واما المرتدين فلا يقبل منهم الجزيه انما هو الاسلام او السيف لقوله
عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وروي ان رجلا قدم على عمر فقال عمر هل من مغربه
خبر قال نعم رجل منا ارتد فقتلناه قال عمر لو وليت منه ما وليتم منه حبسته
ثلثة ايام اعرض عليه الاسلام كل يوم فان اسلم والا قتلته وكان ذلك بحضرة الصحابة
من غير خلاف

عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث خالد بن الوليد الى اكيدر دومة الجندل [illegible] على الجزيه ... دليل على جواز اخذ الجزيه من العرب

قال ش ولا جزيه على امراة وذلك لان عمر لم يضع على النسا الجزيه ولان الجزيه تجب
لاسقاط القتل وكل من لا يقتل لا يوضع عليه الجزيه قال ش ولا على الصبي لانه ليس من
اهل الحرب القتال كالنسا ولا زمن ولا اعمي وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفه ومحمد
وقال ابو يوسف في احدي الروايتين يوضع عليهم اذا كانوا اغنيا وجه قولهما
ان هولا ليسوا من اهل القتال ولا يجب القتل بكفرهم والجزيه انما تجب لاسقاط
القتل المستحق فمن لا يقتل بكفره لا يلزمه الجزيه كالصبي والمراة وجه قول ابي يوسف
ان عمر وضع الجزيه على كل معتمل ووجود المال اكثر من العمل ولانهم ممن يقتلون
بالكفر الا تري ان من كان منهم ذا راي في الحرب قتل بكفره لا برايه فصار بمنزلة
الصحيح قال ش ولا فقير غير معتمل وقال الشافعي يوضع عليه الجزيه لنا
ما روي ان عمر وضع على الفقير المعتمل اثنا عشر درهما فاعتبر العمل مع القدرة
فدل على انها لا تجب على من لا عمل له ولانه لا يطيق الادا والطاقه معتبرة في الوجوب
الدليل عليه خراج الاراضي فان قيل قال النبي عليه السلام لمعاذ حين انفذه الي اليمن خذ
من كل حالم دينارا وهو عام قيل له لا دليل فيه لان الامر بالاخذ ينصرف الي من يقدر
على الدفع فاختص الخبر بذلك فان قيل يتحصل لو حصل في الاسر جاز قتله فلم يجز
اقراره على كفره في دار الاسلام حولا بغير جزيه كالموسر قيل له هذا يبطل بالعبد
لان القتل حق بدن فاستوي فيه الغني والفقير اصله الحدود والجزيه حق مال
يتعلق حق الله تعالي به فجاز ان يختلف فيه الغني والفقير قال ش ولا على
الرهبان الذين لا يخالطون الناس لان هولا لا يقاتلون والجزيه لا يوضع على من
لا يقاتل فاما الرهبان واصحاب الصوامع الذين يخالطون الناس فقال محمد كان

ابو حنيفة يقول يوضع عليهم الجزيه اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف
قال عمرو بن ابي عمرو وقلت لمحمد فما قولك قال القياس ما قال ابو حنيفه قال
محمد وليس على السياحين والرهبان خراج والوجه في وضع الخراج عليهم انهم
من اهل العمل الا انهم تركوه مع القدرة عليه فصاروا كالمعتمل اذا ترك العمل مع
القدرة لان الجزيه لا تسقط عنه واما قول محمد في السياحين فيجوز ان يكون
اراد على من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ولو يجوز ان يكون قال
من لا يخالط الناس لا يقتل ومن لا يقتل لا يوضع عليه الجزيه قال ش
ومن اسلم وعليه جزيه سقطت عنه وقال الشافعي لا تسقط لنا قوله تعالي
امرنا باخذها على وجه الصغار والمسلم لا يجوز في حقه ولقوله عليه السلام الاسلام
يجب ما قبله وقال ليس على مسلم جزيه وهذا ينفي الابتدا والبقا ولانها عقوبة
لبقايه على الكفر فوجب ان يسقط باسلامه كالقتل فان قيل مال موضوع
على الكافر فاذا وجب حال كفره لم يسقط باسلامه كالخراج قيل له خراج الاراضي
لا صغار فيه لانه حق مال ولهذا يجوز ان يبتدي به للمسلم وحقوق الرقاب
فيها صغار فاختلفا وعلى هذا الخلاف اذا مات الذمي سقطت الجزيه لان الموت
ينافي معناها وهو الصغار والمذله قال ش وان اجتمعت حولان تداخلت
الجزيه وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد لا تتداخل وبه
قال الشافعي وجه قول ابي حنيفه انها عقوبة فاذا اجتمع اسبابها من جنس
واحد كان لاجتماعها تاثير في التداخل كالحدود فان قيل مال يجب بكل حول فلا يتداخل
كالزكوة قيل له الزكوة وجبت على وجه الطهرة فلم يتداخل والجزيه وجبت على وجه
العقوبة

فجاز ان تتداخل وقد قال ش اصحابنا ان الجزيه تجب باول الحول وقال الشافعي بمضي
الحول لنا قوله تعالي حتي يعطوا الجزيه عن يد وهم صاغرون فامر باسقاط القتل
باعطا الجزيه فدل انها تجب عند اسقاط القتل وذلك موجود في اول الحول ولانه مال
يجب باسقاط القتل وكان وجوبه حال سقوط القتل كالصلح من دم العمد فان قيل
حق في مال يتعلق وجوبه بالحول فوجب باخر الحول كالزكوة قيل له لا نسلم ان
وجوبه يتعلق بالحول فان ارادوا انه لا يجب في الحول الا دفعه بطل بصدقة الفطر
فان قاسوا على خراج الارضين قلنا خراج الارضين في مقابلة الانتفاع بها فما لم
يسلم المنفعة لا يجب وخراج الروس في مقابلة اسقاط القتل فيجب عند سقوطه
واذا ثبت انها تجب باول الحول قال ش اصحابنا يفرق اخذها كلما يمضي
شهران او يوخذ لكل اخذ منه قسطا اعتبارا بالاسهل قال ش ولا يجوز
احداث الصرقه لحداث بيعة ولا كنيسه في دار الاسلام وذلك لقوله عليه السلام لا اخصا في دار
الاسلام ولا كنيسه معناه لا تحدث في دار الاسلام كنيسة لم تكن واما الخصي
فقيل في تاويله لا تخصي الرجال قيل ذلك وقوله تعالي ولامرنهم فليغيرن خلق الله وقيل المرا
د به الرجل يمتنع من النسا كما يفعله اهل الكتاب حتي يصير في حكم الخصي قال ش
واذا انهدمت الكنايس والبيع القديمه اعادوها وذلك لانا اقررناهم عليها و
بنيه لا تبقي على التابيد فجاز لهم اعادتها كسابر ابنيتهم وقد قالوا لو تخلي
رجل منهم في صومعة منع منه لان الصومعه تجري مجري الكنيسة كما لا يجوز
احداث شي من الكنايس في امصار المسلمين كذلك الصومعه وقد قالوا فيما
يفتح من البلاد والقري عنوة ثم يصالح اهلها ان يكونوا ذمة فيها وفيها
كنيسه

او بيعة او بيت نار فانها لا تهدم ويمنعون من الصلوة فيها ويومرون ان يجعلوها
مساكن وذلك لان المسلمين اذا فتحوها عنوة كان لهم ان يقسموها فاذا اقروا
الكفار عليها فوضع الكنايس انما يستحقونها باقرار المسلمين فصار كانهم احدثوا
ذلك واحداث الكنايس في المصر لا يجوز ويجوز في القري فلذلك منعوا من الصلوة
فيما كان في المصر دون القري قال ش ويوخذ اهل الذمة بالتميز عن
المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم ولا يركبون الخيل ولا يحملون
السلاح والاصل في ذلك ما روي ان عمر رضي الله عنه كتب الي امرا والاجناد يامرهم
بان يامروا اهل الذمة ان يختموا رقابهم بالرصاص وان يظهروا مناطقهم
وان يحذفوا نواصيهم ولا يتشبهوا بالمسلمين في اثوابهم وروي انه صالح
اهل الذمة على ان يشدوا في اوساطهم الزنار وكان ذلك بحضرة الصحابة من
غير نكير ولان المسلم يجب تعظيمه وموالاته والكافر لا يجب له ذلك فاذا اختلطوا
لم يومن ان يعظم الكافر ويواليه ظنا منا انه مسلم فلذلك وجب تميزهم وقال
النبي عليه السلام لا تبدوهم بالسلام ولا يومن ان يوجد واحد منهم ميت فلا يعرف
فيصلي عليه فلذلك وجب ما ذكرناه فان قيل لو وجب ذلك لكان النبي عليه السلام
ياخذ به اليهود في المدينه ويطالب به نصاري نجران ومجوس هجر ولو فعل
ذلك لنقل قيل له انما وجب بعد ذلك التميز ويهود المدينه كانوا يعرفون باعيا
نهم ولا يشتبه حالهم على احد من اهل المدينه ونصاري نجران كانوا منفردين
وكذلك مجوس هجر فلما فتحت البلاد في وقت عمر وكثر الناس واختلطوا وجب
تميزهم للمعني الذي قد قدمناه وجملة ذلك انه لا يجب ان يترك احد من اهل الذمة

يتشبه بالمسلمين في لباسه ولا في مركبه ولا في هيئته فكذلك نميز لباسهم من
نسا المسلمين حال مشيهم في الطريق ونجعل بيوتهم في الحمامات بازار يخالفوا ازار
المسلمين وقد قال ش واصحابنا ليس لهم اظهار شي من المعاصي في امصار المسلمين
لايبيعوا الخمر والخنزير ظاهرا لان هذا لم يدخل تحت العهد قال ش ان
حضر لهم عيد لم يخرجوا فيه صلبانهم وعلاماتهم والبيع واذلك في كنايسهم القديمة
ما احبوا ولا يفعلوا ذلك خارج الكنايس لان الاظهار الصليب معصية وفيه
اظهار اعزاز الكفر وذلك لايجوز في دار الاسلام ولم يمنعوا من ضرب الناقوس في
المصر اذا كانوا يضربون في كنايسهم القديمة فان ضربوا خارجا منها منعوا
لانه معصية فلا يجوز لهم اظهاره ككفرهم قال ش ومن امتنع من الجزية
او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنا بمسلمة لم ينقض عهده ولا ينتقض
الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبون على موضع فيحاربونا وقال اصحاب الشافعي ينتقض
العهد بجميع ذلك لنا ما روي عن عايشة انها قالت دخل رهط من اليهود على
النبي عليه السلام فقالوا السام عليكم قالت ففهمتها فقلت وعليكم السام واللعنة
فقال النبي عليه السلام مهلا يا عايشة وان الله تعالى يحب الرفق في الامر كله فقلت يا رسول
الله الم تسمع ما قالوا فقال النبي عليه السلام قد قلت وعليكم فهذا سب للنبي عليه السلام ولو كان
من مسلم احل دمه ولم يقتلهم ولانهم يسبون الباري جل اسمه ويقولون له ولد
والمجوس يدعون له ضد ولا ينقض العهد وسب النبي عليه السلام مثله ولان الجزية دين عليهم
فالامتناع منها كالامتناع من ساير الديون فلا ينقض به العهد فان قيل امر الله تعالى بقتل
الكفار حتى يعطوا الجزية فاذا امتنعوا وجب القتل لزوال الشرط قيل له القتال يسقط بالالتزام

للاعطا وقد وجد ذلك فسقط القتال وعوده بالامتناع لا يدل عليه الظاهر ولان الاية
دلالة لنا لانها يقتضي انهم اذا اعطوا سقط القتال وليس في ظاهر الاية اعتبار التكرار
لاقراره مع تحقق به الدم من الكافر فوجب ان لا ينتقض بشتم النبي عليه السلام اصله الايمان
قيل له المعنى في الاسلام انه ينتقض باعتقاد شتم النبي عليه السلام فينتقض باظهاره وليس
كذلك العهد لانه لا ينتقض باعتقاد ذلك وكذلك باظهاره قال ش واذا ارتد المسلم
عن الاسلام عرض الاسلام عليه فان كانت له شبهة كشفت له ويحبس ثلثة
ايام فان اسلم والا قتل اما عرض الاسلام عليه فمستحب لما روي ان رجلا قدم على
عمر فقال هل من مغربة خبر فقال نعم قال رجل منا ارتد عن الاسلام فقتلناه
فقال عمر لو وليت منه ما وليتم منه حبسته ثلثة ايام اعرض عليه الاسلام
كل يوم فان اسلم والا قتلته ولان الظاهر ان من ارتد انما ارتد بشبهة دخلت عليه
فاستحب العرض عليه ليذكر الشبهة فيزال عنه والعرض ليس بواجب لان من
بلغته الدعوة والكافر اذا بلغته الدعوة يستحب تجديد العرض عليه ولا يجب
واما جواز القتل بعد العرض عليه قوله تعالى ستدعون الى قوم اولي باس
شديد الاية قيل في التفسير المراد اهل الردة وقال النبي عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه
وارتد المستورد العجلي فقتله علي رضي الله عنه وجعل ماله لورثته من المسلمين
قال ش فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام كره ذلك ولا شي على القاتل لان القتل قد وجب عليه
بالكفر وانما يستحب عرض الاسلام عليه لجواز ان يسلم فاذا قتله والقتل مستحق
لم يلزمه ضمان الا انه قد ترك الاستحباب فكره له ذلك وقد قالوا ان طلب التاجيل
اجله لانه انما يطلب ذلك لينظر في امره فجاز وان لم يطلب وقف على راي الامام فان غلب

في ظنه ان اجله اسلم وان لم يغلب في ظنه ذلك عجل قتله وقدروا التاجيل ثلثة ايام اعتبارا
بانقضى مدة الارتياب بدليل الخيار قال ش واما المراة فلا يقتل ولكن تحبس حتى
تسلم وهذا قولهم وقال ابو يوسف انها يقتل ثم رجع والدليل على ما قلناه ان كفرها
الاصلي لا يستحق بها القتل لانها ليست من اهل القتال فكذلك الكفر الطاري لان النبي
عليه السلام نهى عن قتل النسا وهو عام وانما تجبر على الاسلام لانها قد التزمت الاسلام
بدخولها فيه ومن التزم الاسلام لا يجوز اقراره على الكفر بعد ذلك قال ش
ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعا فان اسلم عادت على حالها وهذا
الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يزول ملكه الا ان ابا يوسف جعل
تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص وجعله محمد بمنزلة المريض
وجه قول ابي حنيفة قوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله
فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها فعلق عصمة المال و
الدم باظهار الشهادتين وقد زال حكم عصمة الدم فوجب ان يزول حكم عصمة
المال ولان الردة يوثر في النكاح في جميع الجهات فاثرت في زوال الملك كالموت
وجه قولهما ان الردة توثر في اباحة الدم وذلك لا يوجب زوال الملك اصله
المرجوم ومن وجب عليه القصاص واذا لم يزل ملكه عندنا صار عند ابي يوسف
بمنزلة من وجب عليه القصاص وعند محمد انه معرض للتلف ولكل واحد من الناس
قتله فصار حاله اخوف من حال المريض فيكون تصرفه من الثلث واذا ثبت
عند ابي حنيفة ان ملكه يزول قال ش يزول زوالا مراعا الا ان الاباحة
تعلقت بالكفر وهو مدعو الى الاسلام ويرجى عوده فتعلق حقه به فاذا

اسلم زال احكام الكفر عنه فكانه لم يرتد فان قتل على ردته او مات استقر كفره
فاستقر زوال ملكه المتعلق به قال ش وان مات او قتل على ردته انتقل
ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته
فيا وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الجميع لورثته
وجه قول ابي حنيفة ان حرمة ماله كحرمة دمه فلما كان دمه مباحا لجميع الناس
كذلك ماله ولا يلزم ما اكتسبه المكاتب حال ردته لانه غير مالك له وانما هو مو
قوف على حق المولى المسلم وما وقف على حق المسلم في دار الاسلام لا يكون فيا
فان قيل وكسب المرتد يتعلق به حق ورثته المسلم قلنا حق الوارث لا يتعلق
باكتساب الصحيح وجه قولهما ان الردة لا يزيل الملك فيما اكتسبه حال الاسلام
والردة سوا وقد قال الشافعي ان جميع ذلك في وهذا لا يصح لما روي ان عليا
قتل المستورد العجلي حين ارتد وجعل ميراثه لورثته المسلمين وعن ابن مسعود
مثله ولانه على حكم الاسلام بدليل ان اولاده يجبرون على الاسلام ولا يجوز تصرفه
في الخمر والخنزير وعند الشافعي يجب عليه الصلوة والزكوة ومن كان على حكم الاسلام
ورثه ورثته المسلمون كالمجنون المسلم فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال
لا يورث المسلم الكافر قيل له هذا بعض الخبر وتمامه قوله عليه السلام لا يتوارث اهل
الملتين لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم فبين عليه السلام ان الكفر الذي
يمنع ميراث المسلم من الكافر هو ما يضاف الى ملة وذلك انما يكون في غير المرتد
لان المرتد لا ملة له ولان ردته عند ناكوته ولهذا يبطل منكحه نكاحه ويزول
املاكه ويبطل تقويم دمه ولا يجب الارش بقطع اطرافه فاذا مات على ردته حكمنا

بانتقال ميراثه في اخر جزو من اجزا اسلامه الى ورثته فيورث المسلم من المسلم ولا يورث
مسلم من الكافر فان قيل المرتد لا يورث بحال فلا يورث عنه كالمكاتب قيل له المرتد
عندنا بمنزلة الميت والميت لا يورث ويورث عنه قال ش وان لحق بدار
الحرب مرتدا حكم الحاكم بلحاقه وعتق مدبروه وامهات اولاده وذلك ان اختلاف
الدار يمنع من موت حق من كان في احدي الدارين ممن في الاخرى ولهذا يملك
عليهم بالجباره ويملكون علينا واذا انقطع الحق بحصوله في دار الاسلام بطلت
المراعات وانما اعتبر حكم الحاكم في اللحاق لان انقطاع الحقوق باللحاق معنى
مختلف فيه فوقف حكمه على انفراد الحكم به كساير مسايل الاجتهاد والحكم باللحاق
يجري مجرى الموت بدليل انتقال ماله الى ورثته واذا اجريت مجرى الموت
حكم بعتق مدبريه وامهات اولاده قال ش وحلت الديون الذي عليه
لما بينا ان الحكم بلحاقه بدار الحرب بمنزلة موته قال ش ونقل ما اكتسبه
في حال اسلامه الى ورثته المسلمين وقال الشافعي يكون فيا لان انه مال اكتسبه
في حال اسلامه فلا يكون فيا في دار الاسلام كمال من لم يرتد فان قيل كيف يورث الحي
قيل هذا في حكم الميراث وليس بصريح ميراث وقد بينا انه بمنزلة الميت في النكاح
كذلك في الارث قال ش ويقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه
في حال الاسلام وما لزمه من الديون في حال ردته مما اكتسبه في حال ردته وهذا الذي
ذكره قول الحسن وزفر وروى عن ابي حنيفة مثله وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة
ان ديون المرتد كلها فيما اكتسبه في حال الردة فان لم يف كان الباقي فيما اكتسبه
حال الاسلام ووجه ذلك ان مال المرتد الى ورثته بردته والدين يتعلق بما يكون على

ملكه

الانسان عند موته دون ما انتقل عنه اصله المسلم وجه رواية الحسن ان ما اكتسبه
حال الاسلام موروث عنه وما اكتسبه حال الردة في والذي يتعلق بالمال الموروث
حق دون الحي والجواب عنه ان يكون فيا ويقضى منه الدين كان مال الذي اذا لم يكن
له وارث يوضع في بيت المال على طريق الفي وان قضى منه دينه وقد ذكر في السير
من الجامع الصغير ان ذلك مما اكتسبه حال الاسلام الا ان يقصر شي مما اكتسبه
حال الردة وذلك ان ما اكتسبه في حال الاسلام ميراث والدين مقدم على الميراث وجه
قول زفر ان حال الاسلام وحال الردة يفترق حكمها في الملك فصار كمالين مختلفين
واما على اصل ابي يوسف ومحمد فالاكتساب في الحالين سوا وديونه كلها سوا في
جميع اكتسابه قال ش وما باعه او اشتراه او تصرف فيه من امواله في حال
ردته موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت
وهذا على ما بينا من اصل ابي حنيفة ان الردة يزيل الملك زوالا مراعا فيكون
تصرفاته موقوفه ايضا فان اسلم زالت المراعاة وتم ملكه ونفذ تصرفه كان
لم يزل مسلما وعلى قول ابي يوسف جميع ذلك جايز كمن عليه قصاص وعلى قول
محمد هو بمنزلة المريض فيجوز تصرفاته من الثلث قال ش فان عاد المرتد
الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه وهذا الذي ذكره
على وجهين احدهما ان يعود الى دار الاسلام قبل ان يحكم الحاكم بلحاقه فيسقط حكم الردة
بعوده وقد كان حكم ماله مراعا فزالت المراعات وصار كانه لم يزل مسلما
فيكون ماله له ولا يعتق عليه شي مما ذكرناه واما اذا عاد بعد ان حكم الحاكم بلحاقه فما
وجد من ماله قايما في يد الورثة اخذه لان المال ذلك عليه بغير عوض فما دام

قوله وما وجده في يد ورثته اشارة الى انه لا يعتقد ما زال عن ملكه الوارث قبل القضاء بالبطلان وقد صح بدليل بعض ... صح

على ملكه مالكه جاز ان ثبت فيه حق الرجوع كمال الموهوب فاما ما زال الفعل الوارث عنه
بسبب يلحقه الفسخ كالبيع او بسبب لا يلحقه الفسخ كالعتق فلا رجوع فيه
كزوال ملك الموهوب له عن العين الموهوبة انه يسقط الرجوع فيه واما من حكم
الحاكم بعتقه من امهات اولاده فلا سبيل عليهم لان العتق لا يلحقه الفسخ بعد
وقوعه قال ش والمرتدة اذا تصرفت في مالها في حال ردتها جاز تصرفها
وذلك لان ردتها لا يوجب اباحة دمها ولا يوثر في مالها ولم يذكر رحمه الله وقت
انتقال الملك الى الورثه وقد قال ش ابو حنيفه ان ما اكتسبه في حال الاسلام
لورثته المسلمين فمن كان وارثا في حال الردة فبقي على حاله في استحقاق الميراث
الى حين القتل ورث وعنه رواية اخرى ان من كان له وارثا في حال الردة
استحق بالموت وان خرج من ان يكون وارثا وجه الرواية الاولى ان حكم الميراث ثبت
بالردة ويقف على الموت وكل امر ثبت في الحال واستند الى حال سابقة اعتبر
فيه الطرفان كاجازة البيع الموقوف فعلى هذا من مات بعد الردة من الورثة
قبل موت المرتد لم يرث وان مات المرتد وامراته في العدة ورثت وان
انقضت عدتها لم يرث وجه الرواية الاخرى ان الملك ينتقل الى الوارث في اخر
جزو من اجزا الاسلام فاذا استقر الانتقال بالموت لم يوثر تغير حال الوارث بعد
انتقال الملك اليه فاما على قول ابي يوسف ومحمد فما اكتسبه حال الاسلام وحال الردة
سوا وكله لورثته من المسلمين لان الردة لا توثر في املاكه عندهما وينتقل على قولهما
الى من كان وارثا عند القتل او الموت واما اذا لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم
بلحاقه فقال ابو يوسف ينتقل ميراثه الى من كان وارثا يوم حكم الحاكم بلحاقه وقال محمد

ينتقل يوم الحكم الى من كان وارثا يوم لحاقه وجه قول ابي يوسف ان مال المرتد قبل حكم الحاكم بردته
مراعا بدليل انه لو عاد الى الاسلام كان اولى به ولو عاد وقد استهلك الوارث بعض المال
لم يضمنه ولا يعتق امهات اولاده فصار ذلك كما قبل اللحوق وجه قول محمد ان اللحاق هو
السبب الموجب لزوال ملكه لان اختلاف الدارين يوثر في الاملاك وقوع حكم الحاكم فاذا حكم
بذلك زالت المراعات فانتقل الملك بالسبب الذي يتعلق به الحكم فوجب اعتبار من كان له وارثا
في ذلك الوقت فاما المرتدة فهي بمنزلة المسلمة في زوال مالها الى ورثتها فيعتبر ذلك عند الموت
لان ردتها لا تغير ملكها واما اذا لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقه فهو على ما بيناه من اختلاف
ابي يوسف ومحمد واذا لحقت المرتدة بدار الحرب جاز ان تسترق وقال الشافعي لا
يسترق لنا انها كافرة في دار الحرب ليس لها ذمه كالحربية فان قيل كفرت بعد ايمانها فلا يجوز
استرقاقها كالرجل قيل له الرجل يستعين به في القتال على حال فلا يسترق بعد ردته و
المراة بخلافه قال ش ونصارى بني تغلب يوخذ من اموالهم ضعف ما يوخذ من المسلمين
من الزكوة وذلك لان عمر صالحهم على ان يضاعف عليهم ما يوخذ من المسلمين قال ش
ويوخذ من نسايهم ولا صبيانهم وقال زفر لا يوخذ من النسا وبه قال الشافعي وجه
قول اصحابنا ان عمر صالحهم على ان يضاعف عليهم ما يوخذ من المسلمين ومعلوم
ان المسلمة يوخذ من مالها الزكوة كذلك التغلبيه يضاعف عليها ولان هذا وجب
بالصلح وما وجب بالصلح يجوز اخذه من النسا بدليل قوله عليه السلام لمعاذ خذ من كل
حالم وحالمة دينارا فان قيل المأخوذ جزيه والمراة محقونه الدم فلا يجوز ان
يوخذ منها الجزيه المضاعفه اصله الصبي قيل له الصبي عندنا لا يعاقب فما يوخذ
منه والمراة بخلافه قال ش وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه

اهل الحرب

الى الامام والجزيه تصرف في مصالح المسلمين ويسد منه الثغور ويبني القناطير و
الجسور ويعطا قضاة المسلمين وعمالهم وعلماءهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق
ارزاق المقاتلة وذراريهم لان جميع ذلك وصل اليه من المشركين بغير قتال ووضعه
بيت المال على ما بيناه فيما تقدم ومال بيت المال معد لمصالح المسلمين والوجوه
الذي ذكرها تعود الى صلاح جميع المسلمين وكان الامام فرق المال على جميع من
دراري المقاتلة فلان نفقتهم واجبة على المقاتلة فوجب ان يكفيهم ذلك ليتوافروا
على القتال ولا ينقطع عنه بطلبت ما يحتاج اليهم دراريهم من النفقة قال **ش**
واذا تغلب قوم من المسلمين على بلده وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود
الى الجماعه وكشف عن شبههم ولا يبداهم بقتال حتى يبدونا والاصل في ذلك ما روي
ان عليا انفذ ابن عباس فدعا اهل حروراء وناظرهم قبل قتالهم ولان ما بلغته الد
عوة من الكفار يستحب ان يدعى قبل القتال والبغاة اولى قال **ش** فان بدوا قا
تلهم حتى يفرقوا جمعهم والدليل على جواز قتالهم قوله تعالى وان طايفتان من المو
منين الايه ولان عليا قاتل من خرج عليه وكان ذلك بحضرة من غير خلاف ولان
في اجتماع البغاة اطماع العدو فوجب تفريقهم والذي روي عن ابن عمر و
غيره من الصحابة انه قعد عن الفتنه يجوز ان يكونوا قعدوا العدم قدرتهم
على القتال ومن لا قدرة على القتال لا يلزمه الحضور وقد روي عن ابا حنيفه انه قال
ينبغي للرجل ان يعتزل الفتنه ويلزم بيته وانما اراد بذلك اذا لم يكن هناك امام
يدعوه الى القتال فاذا دعاه الامام وعنده غنا وقدره لم يسعه التخلف عن
ذلك قال **ش** وان كانت لهم فيه اجهز على جريحهم واتبع موليهم وان لم تكن ذلك

لان الغرض قتالهم حتى يزول بغيهم بدليل قوله تعالى حتى تفيء الى امر الله ومتى كانت لهم فيه
يرجعون اليها فلم يزل بغي المولي لانه يرجع الى البغاة ثم يعود الى القتال فجاز قتله وكذلك
الجريح لا يومن ان يبرا فيعود الى القتال فجاز قتله وقد قال الشافعي فيهم لا يتبعون
لانهم قتال على وجه الدفع كقتال غير الجوارح قلنا لا نسلم ان قتالهم على وجه الدفع الا
ترى انهم لما تجبروا وامتنعوا من احكامنا بدانا بالقتال ولم ننتظر ان يقاتلهم و
كذلك الاسير ان راي الامام قتله جاز لان بغيه لم يزل وان راي ان يخلي سبيله
جاز لان عليا كان اذا اخذ اسيرا استحلفه ان لا يعين عليه وخلاه وان راي الامام
ان يحبسه حتى يعود اهل البغي عن بغيهم عليه جاز قال **ش** وان لم يكن لهم فيه
لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم وذلك لان عليا هكذي فعل بالبصرة ولان القصد
ازالة جمعهم وقد حصل ذلك بالهزيمه فلا معنى للقتل قال **ش** ولا يسبي لهم
ذريه ولا يغنم لهم مال لما روي ان عليا قال في اهل البصرة لا يغنم لهم مال ولا يسبي
لهم ذريه ولانهم مسلمون فلا يغنم مالهم وقد روي ان اصحاب علي منهم طلبوا يوم
الجمل قسمة المال فقال فوقعت عايشه في سهم احدكم افكان ياخذها فتبينت بذلك
على انه لا يقسم مالهم قال **ش** ولا باس ان يقاتلوا بسلاحهم اذا احتاج المسلمون
اليه وذلك لما روي ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان بغير اختياره ولان للامام ان
ياخذ سلاح المسلم اذا احتاج اليه فلان ياخذ سلاح اهل البغي اولى وقد قال
الشافعي ان ذلك لا يجوز لان من لا يجوز الانتفاع بغير السلاح من ماله لا يجوز بالسلاح
اصله العادل قيل له لا نسلم بل يجوز الانتفاع بغير ذلك عند الحاجة وما ذكره
يبطل بالغنيمة قال **ش** ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها

حتى يتوبوا فيردها عليهم وذلك لان مالهم لا يملك بالغلبة وانما يمنعهم منه لئلا
يستعينوا به على القتال لما فيه من المصلحة فاذا زال القتال ردت اموالهم اليهم
قال **ش** وما جباه اهل البغي من البلاد الذي غلبوا عليها من الخراج والعشر
لم ياخذه الامام ثانيا لانه لم ينقل ان الصحابة اخذوا ذلك من البلاد التي كان غلب
عليها الخوارج ولو اخذوها ثانيا النقل قال **ش** وان كانوا صرفوه في حقه
اجزا من اخذ منه وذلك لانه دفع اليه الواجب والاخذ قد صرفه الى وجهه
فصار بمنزلة ما اخذه الامام وصرفه في وجهه قال **ش** وان لم يكونوا صرفوه
في حقه افتى اهله فيما بينه وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك وذلك انهم بالدفع يسقط
عنهم المطالبة به وسقوط المطالبه في الظاهر لا يمنع وجوبه فيما بينه وبين الله تعالى
كسائر اموال الباطنه وقال **ش** اصحابنا ان ما تلف بين اهل البغي والعدل من
نفس او مال فلا ضمان على كل واحد منهما من الفريقين وقال الشافعي ما اتلفه الباغي
عن العادل فيه قولان في القديم يجب ضمان النفس والمال وفي الجديد لا ضمان وما اتلفه
العادل فلا ضمان قولا واحدا لنا ان الفتنة وقعت بين السلف ثم اجتمعوا ان لا قصاص
لاحد على احد بوجوب قصاص ولا ضمان ولو كان واجبا لطالبوا به واثبتوا ولنقل
ذلك ولم ينقل وعن الزهري قال وقعت الفتنه العظمى واصحاب رسول الله صلى الله عليه
متوافرون فاجمع رايهم على ان كل دم اريق بتاويل القران فهو هدر وكل فرج
استبيح بتاويل القران فلا حد فيه وكلما اتلف بتاويل القران فلا ضمان فيه وما
كان قايما بعينه رد ولانهم باينوا اهل الحق بالدار والحرب فلم يضمنوا ما اتلفوا
عليهم كاهل الحرب فان قيل قال ابو بكر الصديق في اهل الردة يردون ما قتلنا

ولا نردّ قتلاهم قيل له لما قال عمر من قتل منا فانما عمل لله فاجره عليه ورجع
ابو بكر الى قول عمر بدليل انه لم ينقل ان احدا منهم طولب بشي من ذلك فان
قيل مسلم اتلف مال مسلم بعدوان فلزمه الضمان كما لو اتلفه قبل القتال قيل له
المعنى في الاصل انه يضمن ما اتلفه عليهم في تلك الحال فضمنوا ما اتلفوا علينا
فصل **ش** فما يصير به الكافر مسلما اعلم ان الكافر على قسمين منهم
من يجحد الباري تعالى ويعبد الاوثان ومنهم من يثبته وهم على ضربين منهم
من يشرك معه غيره فهولاء اذا قالوا لا اله الا الله كان ذلك اسلاما وكذلك
ان قال اشهد ان محمدا رسول الله وذلك لانهم يمتنعون في دينهم من كل واحد من
الشهادتين فاذا اتوا بها دل على انتقالهم عما كانوا عليه فعلى هذا ان قالوا
اسلمنا او نحن مسلمين والضرب الثاني ممن يثبت الباري تعالى ولا يشرك
معه غيره بل يقول بالتوحيد ولكنه يجحد الرسالة وانه لا يكون مسلما بقول
لا اله الا الله لانه لا ينتقل عما كان عليه وان قال **ش** اشهد ان محمدا رسول الله
كان مسلما وفرقه من اهل الكتاب يقولون ان محمدا رسول الى العرب دون
بني اسرايل فهذه الفرقه لا يكون احد منهم مسلما باتيان الشهادتين حتى
يتبرا من الدين الذي كان عليه فيجمع بين التبري مما يعتقده وبين الاعتراف
بما جاء به محمد عليه السلام وانه حق ولو قال **ش** واحد منهم اني مسلم او مومن لم يكن
بذلك مسلما لانهم يزعمون ان الايمان والاسلام ما هم عليه والذي روي عن رسول
الله امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماهم
واموالهم الا بحقها فهو ان النبي عليه السلام كان يقاتل عبدة الاوثان في الغالب ويكتفي

في حقهم بالشهادة وقد روي ان اسامة بن زيد حمل على كافر فلما وضع السنان
بين كتفيه قال اشهد ان لا اله الا الله فقتله فقال النبي عليه السلام اقتلت من يشهد
ان لا اله الا الله ومن لك يوم القيامة بلا اله الا الله فقال انما قالها تعوذا حين وضع
السنان بين كتفيه فقال عليه السلام هلا شققت عن قلبه وروي ان المقداد بن الاسود
قال للنبي عليه السلام ارايت لو قاتلت مشركا فضرب يدي ثم لاذ مني بشجرة فقال انا مسلم
او قال قد اسلمت فقال لا تقتله فقال كيف لا اقتله وقد قطع يدي فقال ان قتلته
الا ان قتلته كنت بمنزلته قبل ان يقول انا مسلم وكان بمنزلتك قبل ان تقتل وهذه
الاخبار تقتضي ان الكافر في حال القتال اذا قال ما يدل على الاسلام كقوله اشهد ان لا
اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله او قال انا مسلم او القى سلاحه او قال انا
على دين محمد او على دين الاسلام انه يكون مسلما ويجب الكف عنه فان رجع بعد
ذلك فهو مرتد يقتل لردته فان قال ذلك بعد ما قهره المسلم فهو مسلم وعند
لا زاسلم بعد ثبوت اليد عليه وذلك يسقط القتل دون الاسترقاق وان
رجع عن ذلك وقال انما قلته تعوذا من القتل لم يقبل منه ويعرض عليه الا
سلام فان اسلم والا قتله صار مرتدا بذلك وقد قال الوقال النصراني
اني اشهد ان لا اله الا الله وابرا من النصرانية فليس بمسلم لان هذا
تحتمل انه يبرا من النصرانية بدخوله في دين اخر من اليهودية وغيرها
فان قال مع ذلك وادخل في الاسلام او في دين محمد كان مسلما لانه قد تبرا من
دينه ودخل في ديننا وهذا هو المعتبر واذا قال اليهودي
انا مسلم او قد اسلمت سئل عن ذلك فان قال اردت ترك دين اليهودية

اليهودية والدخول في دين الاسلام كان بذلك مسلما فان رجع بعد ذلك الى اليهودية
كان مرتدا وان قال لم ارد رجوعا الى دين الاسلام ولكن اردت ان اسلم لله فليس
بمسلم وهذا على ما بينا انهم يعتقدون ان ما هو عليه هو الاسلام فان لم يسال
عن شي حتى جعل يصلي مع المسلمين الصلوة في مساجدهم كان مسلما
لان الصلوة في جماعة والاذان تثبت به الاسلام لو انفرد فان تقدم عليه
الاعتراف بالاسلام فهو اولى وقد قال والوراه وهو يصلي وحده
كما يصلي المسلم في مسجد من مساجد المسلمين او يوذن بغير صلوة لم يكن بذلك
مسلما لانه لم يات بالعبادة على اكمل صفاتها فصار كمن اقر بالشهادتين
ولم يبرا من دينه وكذلك لو رواه يتلو القران ويقراه لم يكن بذلك مسلما
لانهم يقرون بذلك على وجه التادب بقراته فلم يكن امرا اختص به نبينا فلم يدل
على الاسلام ولو صلى في جماعة كان بذلك مسلما وقال الشافعي لا
يكون مسلما فان صلى من لم يعلم منه تقدم الكفر كان دلالة على اسلامه وقد
روى داود بن الرشيد عن محمد انه اذا صلى وحده واستقبل قبلتنا
كان مسلما لقوله عليه السلام من صلى صلوتنا واستقبل قبلتنا واكل ذبيحتنا
فله ما لنا وعليه ما علينا ولانها عبادة يستدل بها على الايمان فمن لم يعلم
منه تقدم الكفر وكذلك في حق من علم منه الكفر كالشهادتين وكذلك قالوا
لو شهدوا عليه انه حج وتجلل الاحرام وانه شهد المناسك كلها مع المسلمين
كان بذلك مسلما لان هذه العبادة على هذه الهيئة تختص شريعتنا
وقد اتى بها على اكمل احوالها فان لبى ولم يشهد المناسك او شهد المناسك

كلها مع المسلمين ولم يلب لم يكن مسلما لانه لم يات بالعبادة على اكمل احوالها
بل اتى ببعض العبادة ولو شهد رجل انه راه سنة يصلي بالكوفة وشهد اخر
انه يصلي سنة بالشام وانكر ذلك لم تقبل لانهما لم تجتمعا على فعل واحد وان
اتفقا على فعل واحد الصلوة فصار خلافهما شبهة في اسقاط القتل ولكنه
يجبر على الاسلام لاتفاقهما انه مسلم وقد قال في توبة المرتد ان
ياتي بالشهادتين ويبرا من كل دين سوى دين الاسلام او يبرا من الدين الذي
انتقل اليه وهذا على ما قدمناه وقد قال ابو يوسف في المرتد اذا اخبر
فابيت ان ردت عليه العرض على الاسلام حتى اعلم انه قد رجع فان لم يتب قتلته
وذلك لان عرض الاسلام عليه وردعاه اليه مستحب وقد فعل ذلك فامضا
كه عن الجواب لا يسقط القتل الواجب عليه والله اعلم

كتاب الحظر والاباحة

قال رحمه الله لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء والاصل في ذلك ما روي
عن علي رضي الله عنه قال اخذ النبي عليه السلام حريرا بشماله وذهبا بيمينه ثم رفعهما
بين يديه فقال ان هذين حرام على ذكور امتي حل لاناثهم ورواه غيره ايضا ان عمر
انفذ جيشا فغنموا غنائم فلما رجعوا للمقام لبسوا الحرير والديباج
فاعرض عنهم بوجهه فقالوا له اعرضت عنا فقال انزعوا ثياب اهل النار
فنزعوا ذلك ولا باس قال ولا باس بتوسده عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يكره توسده وجه قول ابي حنيفة ما روي ان النبي عليه السلام
حضر على وليمة فجلس على وسادة حرير عليها طيور وعن ابن عباس

قال رايت على فراش عبد الله بن عباس او مجلسه مرفقة من حرير ولان
في الجلوس عليه استخفافا به ولا يمنع منه كالجلوس على بساط فيه تصاوير
وجه قولهما ان هذا من فعل الاعاجم وقد روي عن عمر انه اياكم
وزي الاعاجم وعن سعيد بن ابي وقاص لان ابكي على جمر الغضا احب الي ان ابكي على
الحرير ولانه لا يجوز لبسه ولا يجوز افتراشه كالذهب قال ولا باس
بلبس الحرير في الحرب عندهما ويكره عند ابي حنيفة وجه قول ابي حنيفة
ان النبي عليه السلام نهى الرجال عن لبس الحرير ولانه يمكن ان يقام غيره مقامه
فلم يدع الحاجة اليها فبقي على المنهي وجه قولهما ان السلاح لا يثبت الا على
الديباج فصار ذلك مع ضرورة فابيح لاجلها قال ولا باس بلبس
الملحم اذا كان سداه ابريسم ولحمته قطنا او خزا وذلك لان السلف لبسوا الخز
فلم ينكر احد وسداه حرير ولان المقصود من الثوب ظاهره وذلك هو اللحمة
فاذا كان غير حرير لم يعتد بغيرها وقد قال لا باس بالعلم في الثوب
اذا كان اصبعا او اصبعين او ثلثة وذلك لانه تابع للثوب فصار كالسدى
ولان النبي عليه السلام لبس فروا اطرافه من الديباج وكان المعنى فيه انه تبع واجما
ع المسلمين على فعله قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب والفضة
الا الخاتم والمنطقة وحلية السيف الذهب وذلك لقوله عليه السلام احل الحرير
والذهب لاناث امتي وحرام على ذكورها واما الخاتم والمنطقة وحلية
السيف وقال ابو يوسف فقد جا في ذلك اثار يقتضي الرخصة فيها خاصة
قال ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة لقوله عليه السلام ان الحرير

والذهب حرام على ذكور امتي حل لاناثها قال ويكره ان يلبس الصبي الذهب والحرير وذلك لان الصبي يجب ان يعود ما يجوز في الشريعة ويجنبه دون ما لا يجوز ليالف ذلك الا ترى انا نمنعهم من شرب الخمر وناخذهم بالصوم والصلوة ليالفوا ذلك كذلك نمنعهم لبس الحرير والذهب ليالفوا ذلك قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في انية الذهب والفضة للرجال والنسا وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن الشرب في انية الذهب والفضة و قال من اكل او شرب في انية الذهب والفضة فقد دخل تحت النهي ويستوي في ذلك الرجال والنسا لعموم النهي عنه وقد قالوا فكانما يجرجر في بطنه نار جهنم ولان النهي قد ورد عن التشبيه بالاكاسرة والجبابرة وذلك موجود في استعمال انية الذهب والفضة قال يكره الانتفاع بهما فيما يعود الى البدن كالتطيب والادهان ولا يجوز ايضا ان يكتحل من مكحلة من ذهب او بميل من فضة او ذهب كذلك المراة لان جميع ذلك منفعة يعود الى البدن كالاكل والشرب قال ولا باس باستعمال انية الزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره من ذلك ما كان ثمينا بجنسه كالبلوع وجه قولنا انه ليس من غير جنس الاثمان فلا يكره استعماله كغير الثمين فان قيل ان النبي عليه السلام نهى عن استعمال الذهب والفضة لاجل التفاخر وهذا موجود في البلور وغيره قيل له هذا دليلنا لانه عليه السلام لما خص النهي بالذهب والفضة مع علمه بوجود التفاخر في غيرها دل على انهما لا يتساويان في التحريم ولان النهي وان كان لاجل التفاخر فلم يكن من عادة القوم التفاخر بغير الذهب والفضة فخرج

قوله ولا باس باستعمال انية الزجاج ذكر في ... العودي ... ان ... انية الذهب والفضة وغير ... والحديد والصفر ... والنحاس ... ما عدا الاكل والشرب ... كراهة

النهي عليه خاصة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب على السروج المفضض والجلوس على السرير المفضض وقال ابو يوسف يكره ذلك وعلى هذا المداهن والمجامر والمراة والجام والركاب والثفر كل ذلك مكروه عند ابي يوسف وجه قول ابي حنيفة ان الفضة صارت تبعا للاناء بدليل انها تدخل في بيعه على وجه التبع فلا يكره كطراز الثوب ولان المنع انما هو لاجل التفاخر وذلك لا يحصل بالمفضض وجه قول ابي يوسف انه مستعمل بالفضة فصار كانه استعملها منفردة وعن ابي حنيفة في استعمال موضع الفضة من الاناء روايتان احداهما انه يجعل فاه على العود دون الفضة لانه اذا وضع فاه على الفضة صار مستعملا لها وذلك لا يجوز ويجوز في الرواية الاخرى لان الفضة لما صارت تبعا لم يكن مباشرا بنفسه كطراز الثوب وقد قال ابو حنيفة لا باس بحلقة المراة تكون فضة والمراة حديدا او صفرا لانها تبعا لها وكره ذلك ابو يوسف لانه مستعمل النفس الفضة فاما السلاح المطلي بالذهب والفضة والركاب فقد رخص فيه ابو يوسف ايضا وجه قوله ان الطلي مستهلك لا يتخلص فلا يعتد به قال ويكره التعشير في المصحف والنقط وذلك لان روي عن عبد الله بن مسعود كراهة ذلك وقال جردوا القران ولانه غير القران فكره ان يجعل في المصحف يدل على صحة ذلك ان اصحاب رسول الله اشكل عليهم سورة الانفال وبراة انهما سورتان لم يكتبوا التسمية بينهما فكان الشيخ ابو الحسن يقول لا يكره ما يكتب من تراجم السور وحسب ما جرت به العادة لان في ذلك ابانة عن معنى السورة وهو

بمنزلة كتابة التسمية في اوايلها للفصل قال ولا باس بتحلية المصحف و نقش المسجد وزخرفته بما الذهب وذلك لان عمر فعل ذلك بمسجد رسول الله والصحابة متوافرون فلم ينكره احد فان قيل روي انه يكون في هذه الامة مسخا وقذفا وخسفا اذا زخرفت المصاحف وزوقت قيل له يحتمل ان يكون اراد به اذا قصد والريا وزينة الدنيا ولم يقصد به التعظيم و نعلم على هذا الوجه مكروه قال ويكره استخدام الخصيان وذلك لان في الرغبة من استخدامهم وملكهم حثا على اخصايهم وذلك مثلة محرم لقوله عليه السلام لا اخصا في الاسلام قال ولا باس بخصي البهايم وبزو الحمير على الخيل اما خصي البهايم ففيه منفعة للبهيمة وللناس تجارة واما انزا الحمير فقد روى ابن عباس ان النبي عليه السلام خص بني هاشم بكراهة ذلك فقال عبد الله بن الحسين كانت الخيل قليلة في بني هاشم فاحب رسول الله عليه السلام ان يكثر فيهم وقد روي ان النبي عليه السلام ركب البغلة واتخذها فلو كانت انزا الحمير مكروه لما فعل ذلك لان الركوب يدعو اليه الحاجة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والصبي وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يقبل في الهدية والاذن لانه لم يكن لهما قول صحيح وانما تركوا القياس للعادة الجارية انهم يقبلون قولهما في الهدية والاذن في ساير الاعصار من غير نكير ولانه لو اعتبر في جواز ذلك خبر الحر البالغ لشق على الناس فجوز لذلك وقد قالوا في ذلك يجب ان يعمل على غلبة الظن من السامع ومن صفات المخبر فاذا راى العبد معه شيئا اشتراه منه حتى يساله فان ذكر ان مولاه اذن له في ذلك وكان ثقة فلا باس بشرايه منه

وكذلك اذا قال هذا اهداه اليك مولاي وان كان اكثر رايه انه كاذب او لم يكن له راي لم يتعرض بشي منه ولان الاصل انه محجور عليه والاذن طاري فلا يجوز اثباته بالشك وانما قبلناه قول العبد اذا كان ثقة في الاذن لانه من اخبار المعاملات وهذا اضعف من اخبار الديانات فاذا قبل قوله في اخبار الدين ففي خبر المعاملات اولى وقد قال في الرجل في يده شي اخبر انه لغيره وانه وكله ببيعه او وهبه له او اشتراه منه فان كان مسلما ثقة صدق فيما قال اذا كان اكثر رايه انه صادق وان كان اكثر رايه انه كاذب لم يصدق وهذا اذا لم يعلم الملك لغير البايع الا من جهته لان الناس في ساير الاعصار يقبلون قول الوكلا والولاة من غير نكير وعلى هذا ان علم ان الشي لغير البايع الا من جهته اعتبر في جوازه غلبة الظن وقد قالوا فيمن باع شيا ولم يخبر ان ذلك لغيره فلا باس ان يشتريه منه ويقبل قوله انه له وان كان غير ثقة الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك الشي واحب الي ان يتنزه منه ولا يتعرض له لشرا ولا لغيره وانما جاز الشرى لان اليد والتصرف دلالة على الملك الا ان يعلم غيره ولان الناس يشترون في ساير الاعصار من الثقات وغير الثقات من غير نكير فدل على جوازه فاما اذا كان مثل ذلك الرجل لا يملك ذلك فهو كالفقير يبيع جواهر ثمينة او ما اشبه ذلك لان الظاهر ان لا يكون مثل ذلك له ولم يدع وكالة من جهة الغير فيرجع الى قوله فكان الاولى التنزه من ذلك قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق لما بينا انها من اخبار المعاملات وفي اعتبار العدالة تضيق على الناس فلذلك لم يعتبر ولما بينا ان في ساير الاعصار يقبلون قول الدلال والمنادي

قوله ويقبل قول الوكلا والولاة

قوله ويقبل في المعاملات قول الفاسق ... والديانات ... الاخبار ... والشهادة ... العدل

ويرجعون الى قولهما وان كانت السلعة لغيرها وقد اجتمعت الامة على قبول قول
الرسول في الهدية وكذلك اخبار المعاملات معمول بذلك قال ره ولا يقبل
في اخبار الديانات الا العدل وذلك لانه خبر يتعلق بالدين فلا يقبل فيه غير العدل
كاخبار الرسول وهذا الذي ذكره مثل ان يخبره رجل مسلم ثقة بنجاسة الماء فانه لا يجوز له
ان يتوضا به وان كان غير ثقة وغلب على ظنه صدقه فالاولى ان يتيمم وان توضا
جاز وكذلك رجل تزوج امراة فاخبره ثقة انهما ارتضعا فالاولى ان يفارقها
لان الشهادة الواحد لا يثبت بها الرضاع ولكن يلزمه التنزه قال ره
ولا يجوز للرجل ان ينظر من الاجنبية الا الى وجهها وكفيها وقد دل على ذلك قوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها الاية قيل في التفسير الكحل والخاتم وموضع
ذلك الوجه واليد ولان المراة قد تضطر الى كشف كفيها في المعاملات والعطا
والى الكشف لتقام عليها الشهادة فرخص لها في ذلك فلم يجعل عورة واما
قدمها فلا يجوز النظر اليه في احدى الروايتين لان الحاجة لا تدعو اليه ويجوز في
الرواية الاخرى لما روي عن عبد الله بن مسعود في تاويل قوله تعالى الا ما ظهر
منها قال القرط والفتخ والخلخال قال ره فان لم يامن الشهوة لم ينظر الى وجهها
الا لحاجة وذلك لما روي ان رجلا جا الى النبي عليه السلام قال اني نظرت الى امراة
فاشتهيتها فاتبعتها فضرب راسي جدار فقال النبي عليه السلام ان الله تعالى
اذا اراد بعبد خيرا فليعجل عقوبته قال ره ويجوز للقاضي اذا اراد
ان يحكم عليها والشاهد اذا اراد الشهادة عليها ان ينظر الى وجهها وان
خاف ان يشتهي وذلك لان الحاجة تدعو الى النظر في هذا الموضع لغير الشهوة

فجاز مع خوف الشهوة كما يجوز للشهود النظر الى العورة عند الزنا ليقيموا
الشهادة وعلى هذا اذا اراد ان يتزوجها لما روي ان المغيرة اراد ان يتزوج
امراة فقال له النبي عليه السلام انظر اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولا ينبغي ان يمس
شيئا من ذلك اذا كانت ممن تشتهى لان المس اغلظ من النظر لان الشهوة
فيه اكثر فمنع منه من غير حاجة قال ره ويجوز للطبيب ان ينظر
موضع المرض منها وذلك لان النظر الى هذه المواضع محرم وللضرورة تاثير
في اباحة المحرمات بدليل اباحة الميتة والخمر عند الضرورة وخشية التلف
كذلك هذا وقد قالوا ينبغي ان يعلم امراة دوا ذلك المرض فان لم يقدروا على
على امراة وخافوا على صاحبه التلف فلا باس بان يستر كل شي منها الا موضع
المرض ثم يداويه الرجل ويغض من بصره ما استطاع لما بينا قال ره وينظر
الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته وذلك لما روي ان النبي عليه السلام
انه قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يدخل الحمام الا بميزر وعن ابي ايوب
انه قال سمعت النبي عليه السلام يقول ما فوق الركبة من العورة وما اسفل السرة من العورة
وعن علي ان النبي عليه السلام قال له لا تنظر الى فخذ حي وميت قال ره ويجوز للمراة ان
تنظر من الرجل ما ينظر الرجل اليه منه ولان بدن الرجل ليس بعورة فجاز لها النظر
اليه فان كانت اذا نظرت اليه لا تامن ان تشتهي وكان على اكثر رايها فاحب الي
ان تغض بصرها عنه لئلا تقع في المحظور قال ره وتنظر المراة من
المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل وذلك لان المراة لا تشتهي المراة
غالبا كما لا يشتهي الرجل الرجل فاذا جاز للرجل النظر الى الرجل كذلك يجوز للمراة النظر
الى المراة

فان قيل روي عن ابن عمر ان النبي عليه السلام قال امنعوا النسا من الحمام الا مريضة او
نفسا وعن ابن عمر حرام على النسا دخول الحمام بازار وغير ازار قيل له المراد
بذلك الحث على حفظهن ومنعهن من الخروج وفعل ما هو اقرب الى سترهن
بدليل ان النسا دخلن في ساير الاعصار الحمام من غير نكير قال ره وينظر
الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وذلك لما روي عن عايشة انها قالت
كنت اغتسل انا ورسول الله من الجنابة من انا واحد ولو لم يجز النظر
لم يتجردا في مكان واحد ولانه يجوز له الاستمتاع بجميع بدنها وحرمة
الاستمتاع اغلظ من حرمة النظر فجواز النظر اولى فان قيل روي عن عايشة
انها قالت قبض رسول الله وما نظرت اليه منه ولا نظر الي مني قيل له
هذا لا يدل على تحريم النظر وانما يثبت بذلك مكارم الاخلاق مع جواز النظر بدليل
ما قلناه قال ره وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر
والساقين والعضدين وذلك لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الاية فاباح ان يبدين لهم
موضع الزينة واليد موضع السوار والعضد موضع الدملج والصدر موضع القلايد
فدل على جواز النظر الى ذلك وقد روي الحسن والحسين انهما كانا يدخلان على اختهما
ام كلثوم وهي تمتشط وعن محمد بن الحنفية مثله قال ره ولا ينظر الى ظهرها وبطنها
وذلك لقوله تعالى الذين يظاهرون من نسائهم تحريم الزوجة تشبيها بظهر امه فلو
جاز النظر الى ظهر امه لم تحرم زوجته حتى شبهها بالحلال فاما اللمس فهو اولى
بالمنع لانه محل الشهوة قال ره ولا باس ان يمس ما جاز ان ينظر اليه
منها لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا قدم من سفره قبل راس فاطمة وعن ابي بكر

انه قبل راس عايشة ومحمد بن الحنفية قبل راس امه وروي ان محمد بن ابي بكر ادخل يده
في هودج عايشة يوم الجمل فوضعها على صدرها فقالت من هذا الذي وضع يده
في موضع ما وضعها احد بعد رسول الله فقال انا اخوك قال ره وينظر الرجل من
مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه وذلك لما روي عن انس انه
قال كن في بيت عمر وكن الاما يخدمننا كاشفات روسهن ولان الامة سلعة فتدعو
الحاجة الى تقليبها والنظر الى المقصود من محاسنها فلذلك فارقت الحرة
فيما ينظر اليه منها فاما ظهرها وبطنها فلا ينظر اليه لانه اذا امتنع منه في
ذوات المحارم مع عدم الشهوة في الغالب ففي الامة اولى قال ره ولا باس ان
يمس اذا اراد الشرى وان خاف ان يشتهي وذلك لما روي ابن عمر مر بالسوق
فراى جارية تباع فضرب يده على صدرها وقال اشتروا بارك الله عليكم ولان
النظر انما جاز للحاجة والحاجة موجودة في حال تقليبها الى المس ليعرف سترها
واذا كان هذا غرض صحيح جاز النظر والمس غير ممنوع فيه وان اشتهى كما قلنا
في الشاهد والطبيب قال ره والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل وذلك لما روي
عن عايشة انها قالت انه رجل والمثلة لا تحل له فلم يحرم عليه غيره ولان الشهوة موجودة
فيه كوجودها في الفحل فاذا لم يحرم احدهما النظر كذلك الاخر فان قيل قال الله تعالى
او التابعين غير اولي الاربة قيل قد اختلفت في تاويل ذلك فقيل المراد به الشيخ الكبير الذي لا
يشتهي مثله اذا كان خادما في البيت جاز له النظر الى النسا وقيل المراد به الرجل المخلوق خلقة
النسا لا يشتهي ولا يعرف ما يشتهي من النسا وقيل المراد به الخصي الذي جف ماؤه
فهو لا يشتهي فالاية متشابهة وقوله تعالى وقل للمومنين يغضوا من ابصارهم محكم

ولا يجوز تركها بالمتشابه والذي يبين صحة ذلك ما روي انه كان في بيت ام سلمه
مخنث يقال له هيت فلما حاصر النبي عليه السلام الطايف فقال هيت لعمر بن ام سلمه اذا فتح
الله عليكم الطايف فدلك على بنت غيلان فانها تقبل باربع وتدبر بثمان فقال رسول
الله عليه السلام اوهذا يعرف هذا لا يدخل عليكم قال رحمه الله ولا يجوز للمملوك ان ينظر
من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وذلك لما روي عن سعيد بن المسيب
انه قال لا يغرنكم هذه الايه او ما ملكت ايمانكم فانها نزلت في الاما دون العبيد وعن
جابر وابن عباس لا يجوز ان ينظر الى مولاته مقدار شعرة لان تحريم مناكحتها لا
تحرم عليه على التابيد والتحريم المؤثر في جواز النظر ما كان على التابيد قال رحمه الله ويعزل
عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها وذلك لحديث ابي هريرة ان النبي
عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وعن جابر ان رجلا جا الى النبي عليه السلام فقال لي
جارية وهي خادمتنا وانا اطوف عليها واكره ان تحمل فقال اعزل عنها ان شيت فسياتيها
ما قدر لها فجا بعد ذلك فقال قد حبلت فقال عليه السلام قد اخبرتك انه سياتيها
ما قدر لها ولان الحرة لها حق في الوطي بدليل ثبوت الخيار لها عند وجود العيب به
وهو العنة فوقف العزل على اذنها والامه لا حق لها فلم يعتبر اذنها واما الزوجة
الامة فالاذن في العزل الى مولاها وقال ابو يوسف لها وجه قولهما ان الولد حق المولى
بدليل انه يملكه فكان الاذن في العزل اليه كالحرة لما تعلق بالولد لها وهو الحضانه فكان
الاذن اليها وجه قول ابي يوسف ان العزل فيه نقص في الجماع وذلك حق لها دون المولى
فوجب ان يرجع فيه اليها قال رحمه الله ويكره الاحتكار في اقوات الادميين
والبهايم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله والاصل في ذلك ما روي عن النبي عليه السلام

قوله في اقوات الادميين والبهايم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ...

انه قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون وروي ابن عمر ان النبي عليه السلام قال من احتكر طعاما اربعين
ليلة فقد بري من الله وبري الله منه ولان في ذلك تضييق على المسلمين فلم يجز ولهذا نهى
عليه السلام عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان واذا ثبت النهي فالاحتكار ان يشتري طعاما
في مصر او من مكان قريب من المصر يحمل طعامه الى المصر وذلك مصر صغير يضر به
فاما اذا كان المصر كبيرا لا يضر به لم يمنع منه وكذلك تلقي الجلب قال رحمه الله ومن احتكر غلة
ضيعته او ما جابه من بلد اخر فليس بمحتكر وذلك لانه كان له ان لا يزرع ارضه وكان
له ان لا يجلب فلم يمنع من الامتناع من بيعه اضرارا باهل البلد قال رحمه الله ولا ينبغي
للسلطان ان يسعر على الناس قال محمد اجبر المحتكرين على بيع ما احتكروا ولا اسعر
ويقال له بع كما يبيع الناس وبزيادة تتغابن في مثلها ولا اتركه يبيع باكثر من ذلك وقال مالك
يسعر لنا ما روي ان السعر غلا بالمدينة فقالوا يا رسول الله لو سعرت فقال عليه السلام
ان الله هو المسعر ولان السعر تقدير الثمن الذي يباع به والانسان لا يجبر على البيع بثمن
معين كساير املاكه والذي ذكره محمد في اجباره على البيع فانما هو على قول ابي يوسف ومحمد
في جواز الحجر على الحر فاما عند ابي حنيفة فلا يجبر على البيع قال رحمه الله ويكره بيع
السلاح في ايام الفتنه وذلك لقوله عليه السلام الفتنه نايمه لعن الله من ينبهها وروي
انه عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم وهذه الكراهة بينا لمن يعرف
ان المشتري من اهل الفتنه فان لم يعرف المشتري لم يكره وجواز ان يستعمل ذلك في
المعصية لجواز ان لا يستعمله ولا يمنع من البيع بالشك وكمن اشترى ثوب ديباج انه
لا يكره وان جاز ان يلبسه او يدفعه الى زوجته قال رحمه الله ولا باس ببيع العصير
ممن يعلم انه يتخذه خمرا وذلك لان عين العصير لا يستعمل في المعصيه وانما تحصل

المعصيه بعد الاستحاله فهو كساير الاشيا المباحة وان امكن استعمالها في معصية
ولا يشبه بيع السلاح في ايام الفتنه لان السلاح يقع المعصية بعينه فيدل انه
بيع العصير بعد ما صار خمرا فلا يجوز وقد قال رحمه الله لا باس ببيع السرقين ويكره
بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيعهما اما السرقين فلان الناس ينتفعون به
في ساير الامصار منفعة عامة من غير نكير والباحة الانتفاع يدل على جواز البيع
واما العذرة فالصحيح عندهم انه لا يجوز بها حتى يغلب التراب عليها لان عين
النجاسة يكره الانتفاع بها كالثوب فاذا غلب التراب عليها زال حكم العين فصارت
النجاسة تبعا فيجوز الانتفاع بها كالثوب النجس واذا جاز الانتفاع جاز بيعه
وقد قال رحمه الله ابو حنيفه لا باس بعيادة اليهود والنصارى لما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه دخل على يهودي يعوده فقال له قل اشهد ان لا اله الا الله واني رسول
الله فسكت فاعاد ذلك ثلثا فاسلم فخرج رسول الله وهو يقول الحمد لله الذي اعتق
بي رقبة من النار وقد قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الايه
وهذا يدل على جواز مخالطتهم وبرهم وكان يكره ان يدعو الرجل فيقول
اسالك بمقعد العز من عرشك قال رحمه الله ولا ينبغي لاحد ان يدعو الله الا به
واكره ان يقول بحق خلقك او بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك وذلك لانه لا حق
للمخلوق على الخالق واذا اضاف العز الى مكان بعينه اوهم كون الموصوف بالعز ذكر
المكان تعالى الله عن ذلك وحكي عن ابي يوسف جواز ذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال
في دعايه اللهم اني اسالك بمقعد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك
الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامات قال رحمه الله ولا باس بربط الخيط

في اصبعه او خاتمه للحاجة لان النبي عليه السلام كان يفعل ذلك وعن انس انه كان يحول خاتمه
قال رحمه الله ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر وكل لهو لما روي عن
النبي عليه السلام انه قال لهو المومن باطل الا في ثلث تاديب فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته
مع اهله وقال رحمه الله ما الهاك عن ذكر الله تعالى فهو ميسر وقد قالوا فيمن باع
خمرا واخذ ثمنها يقضي به دينا فانه يكره لصاحب الدين اخذه اذا علم ذلك لما روي
عن النبي عليه السلام قال لعن اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها واكلوا اثمانها ثم ان
الله تعالى اذا حرم شيا حرم ثمنه ولا باس بالحقنة لانها تداوي وقد قال عليه السلام
ان الله تعالى لم يخلق داء الا خلق له دواء الا السام يعني الموت ويكره في مسجد
الجماعة ان يكون قبلته متوضا او حماما لانا امرنا بتعظيمه وتنزيهه و
في ذلك استخفاف به فمنع منه وقد قال رحمه الله في رجل قال ان لم اكن وجدت فلانا
على حرام فامراته طالق ثم ذكر انه قد راه قد خلا باجنبية قال اما في القضا
فتطلق امراته لانه ليس بحرام لان الخلوة بالاجنبية يكره ولا يطلق عليه اسم الحرام
فلم يوجد شرط البر فحنث وقال رحمه الله في رجل وضع درهما عند بقال ياخذ منه
كل يوم ما شا انه يكره ذلك ولكن يستودعه الدرهم فياخذ منه ما شا بشي مسمى
وذلك لانه اذا ملكه الدرهم فهو قرض فاذا شرط انه ياخذ منه حالا فيحال ما يريد فله في
ذلك منفعة فيصير في معنى القرض بشرط المنفعه ويكره واذا اودعه فليس بقرض
وانما يملكه بما يعطيه جزءا جزءا فلا يكره وقال رحمه الله في رجل اشتكى واشترى له بغير امره
شي فاكل قال رحمه الله له ابنه ووالده استحسن ذلك ولا يجوز في المتاع الا فيما يحتاج
اليه المريض وان كان في سفر فاشترى له الذي معه وان كان اجنبيا لان المريض

في العادة يشتري له اهله ما يحتاج اليه فهو كالماذون من طريق النطق وكذلك
رفيقه في السفر هو في حكم اهله لانه هو الذي يقرب منه وعن ابي يوسف في دار يسمع
منها مزامير ومعازف قال ادخل عليه بغير اذنهم لانكار المنكر وذلك لان المنع منه
واجب فلم يجز الدخول الا باذنهم فلم يمكن المنع منه ٭ وعنه في رجل ابن ... يوصي
وله ورثة صغار قال يتركه لورثته افضل لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنيا خير
لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس ٭ وعن ابي بكر وعمر وعايشه رضي الله عنهم
انهم قالوا لان يوصي بالربع احب الينا من يوصي بالثلث ولان يوصي بالخمس
احب الينا من يوصي بالربع قال ش واكره ان يوصل الشعر ولا اكره غير شعر
بني ادم وذلك لان ما انفصل من الادمي من الاجزا لا يحل الانتفاع بها وانما يجب الدفن لها
وقد لعن النبي عليه السلام الواصلة والمستوصلة وهي التي يصل شعرها بشعر غيرها
وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا سقط سن الرجل اكره ان يعيدها ولكن ياخذ سن من
شاة ذكية فيشدها مكانها وقال ابو يوسف لا باس بذلك وجه قول ابي حنيفة ان السن
اذا انفصل في حكم سن الميت الا ترى انها زالت عن الخلقة حكما يكره ان ينتفع بسن
غيره كذلك سنه وجه قول ابي يوسف ان السن لا ينجس بانفصاله لعدم الحيوة فيها
وانما يكره سن غيره لانه مستقذر في العادة وذلك لا يوجد في سن نفسه ٭ وكان
ابو حنيفة يكره حمل الخرقة التي يمسح بها العرق لما فيه من التشبه بالمجوس ولما
فيه من الترفه وقد نهي عن ذلك ٭ ومن اصحابنا من قال ش انما يكره من ذلك خرقة
كبيرة لما فيه من تضييع المال ٭ وعن ابي يوسف في رجل مات وترك جدا واخا
فقضى القاضي ان المال للجد وافتاه القاضي ان الاخر بمذهب زيد وان كذلك ...

اعد لم يسع الاخ ان ياخذ شيئا لان الحكم لما انضم الى الاجتهاد لم يجز ان يفسخ باجتهاد لا حكم
معه ولان الفقيه المفتي بمذهب زيد لو ولي القضا لم يجز ان يحكم بفسخ الحكم الاول فكذلك لا يجوز
ان يفسخ الاجتهاد ولو ان القاضي قسم المال بينهما على قول زيد وكان الاخ يري ان الجد
اولي فهو ممن يجوز ان يفتي ويقضي ولانه لا يسعه ان ياخذ ما دفعه اليه القاضي اذا كان
يري انه باطل وهذا على قول ابي يوسف ان قضا القاضي لا يحل له ما هو محرم في اجتهاده فاما
على قول محمد فيحل له ذلك ويسع راي القاضي ويترك اجتهاده ٭ ولو ان فقيها عالما
قال لامراته انت طالق البته وهو ممن يري انه ثلث ثم يعزم على ذلك من امراته ولم
يمضه حتى راي انها تطليقه تملك الرجعه فامضا ذلك وسعه ذلك وكانت امراته ولو
كانت اول مرة يراها واحدة يملك الرجعة ثم يعزم على شي ولم يمضه حتى راها ثلثا لم
يسعه المقام معها لانه لما لم يعزم على امضا الاجتهاد حتى ظهر خلافه صار كالحاكم
اذا راي مذهبا ثم لم يحكم به حتى ظهر له خلافه فان الحكم بالثاني اولى ولو ان رجلا ليس
بفقيه ابتلي بمسالة فسال عنها بعض الفقها فافتاه بحلال او حرام فلم يعزم على
شي حتى استفتي فيها اخر فافتاه بخلاف ذلك فامضاه في زوجته وترك قول الاول وعزم
عليه فيما بينه وبين زوجته ثم افتاه فقيه اخر بخلاف ذلك لم يسعه ان يرجع الى قوله
وذلك لان المجتهد اذا عزم على ان يعمل باجتهاده ثم ظهر انه اجتهادا اخر بخلافه
لم يسعه ان يعمل على الثاني اذا امضي الاول ولا يتغير كذلك المقلد اذا عزم على العمل
بما افتي به لم يسعه ان ينقض ذلك بفتوي اخر قال ش محمد في رجل فقيه قال لامراته
انت طالق البته وهو يراها ثلثا فرافعته امراته الى القاضي يري البته واحدة
رجعية فجعلها امراته وجعل ذلك تطليقة رجعية وسع الفقيه ان يقيم على امراته

وان كان يري خلاف ذلك ما قضي به قال ش محمد وكل قضا من قاضي مما يختلف فيه
الفقها اذا قضا به على فقيه عالم يري خلافه من تحليل او تحريم او عتاق او حرا
او مال فانه ينبغي للفقيه ان ياخذ بما قضي ويدع رايه ويلزم نفسه ما التزمه القا
ضي وياخذ ما اعطاه وروي عن ابي يوسف لا يسعه ان يقيم عليها ويجب عليه ان ياخذ
براي نفسه ولا يلتفت الى اباحة القاضي فيما يعتقده حراما ٭ ولو كان رايه انها
واحدة رجعية ففرق القاضي بينهما لم يسعه ان يطاها ولا يتعرض في حكم القاضي
بشي وجه قول ابي يوسف ان المجتهد متعبد بما ادي اليه اجتهاده دون اجتهاد غيره
فلم يجز له ان يستبيح ما هو محرم عنده وليس كذلك اذا اعتقده الحنها وحكم الحاكم بالتحريم
لان حكم الحاكم ينفذ فيما يسوغ فيه الاجتهاد فلا يجوز ان يجمع مع تحريم القاضي له
وجه قول محمد ان المحكوم عليه يجب ان يتابع راي القاضي اذا راي ما يسوغ فيه
الاجتهاد فيسقط اجتهاده مع اجتهاده لان الاجتهادين اذا تعارضا واتصل الحكم باحدهما
صار كالواتضح الترجيح الى احدهما والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

قال رحمه الله الوصية ليست بواجبة وهي مستحبة والاصل في جوازها قوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها او دين وقال سعد للنبي عليه السلام اوصي بثلث مالي فقال
الثلث والثلث كثير ٭ والوصية عند اصحابنا مندوب اليها مرغب فيها وليست
واجبة ومن الناس من قال يوجبها وليس بصحيح لانه اثبات حق في ماله بعقد فلم
يكن واجبا كالهبة والعارية ولان ما لا يلزمه حال حيوته لا يلزمه بعد موته كا
الاجارة والبيع فان قيل روي ان النبي عليه السلام قال لا يحل لرجل يومن بالله واليوم الاخر له

مال يريد ان يوصي فيه ان يبيت ليلتين الا والوصية عند راسه قيل له لا دلالة فيه على الوجوب
ولانه خبر واحد ووجوب الوصية مما يعم به البلوي فلا يثبت باخبار الاحاد ومن
الناس من قال انها تجب للوالدين والاقربين واستدل بقوله تعالى الوصية للوالدين
والاقربين وهذه الاية لا نها منسوخة بقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
الا تري انه جعل المال للوارث بعد وصية منكرة ولو كانت الوصية للوالدين واجبة
كانت وصية معروفة فلما نكرها دل على نسخها ٭ ومن اصحابنا من قال نسخت بقوله
عليه السلام لا وصية لوارث وهو خبر تلقته الامة بالقبول وعملوا بموجبه لاجل فصار
في حيز ما يقع به العلم فيجوز نسخ القران به على اصلنا في جواز نسخ القران بالسنة
قال ش ولا يجوز الوصية لوارث الا ان يجيزها الورثة وذلك لقوله عليه السلام ان الله
قد اعطي كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وروي انه قال لا وصية لوارث الا ان يجيزها
الورثة ٭ قال ش ولا يجوز بما زاد على الثلث وذلك لما روي سعد قال للنبي عليه السلام
اوصي بجميع مالي قال لا قال اوصي بنصف مالي قال لا قال اوصي بثلث مالي قال الثلث
والثلث كثير انك ان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس
وقال عليه السلام ان الله جعل لكم ثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة في اعمالكم وهذا يدل
على اختصاص الوصية بالثلث قال ش ولا للقاتل وقال الشافعي في احد قوليه
يجوز الوصية للقاتل ابتدا وان قتل بعد الوصية لم تبطل الوصية وعند نا يبطل
دليلنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال ليس للقاتل شي وقال عليه السلام لا وصية لقاتل ولان
الموصي له استعجل ما اخره الله تعالى عنه بفعل محظور فصار المقتول كالحي في حقه
اصله الوارث اذا اخرج الموروث فان قيل ما لا يمنع الوصية في حق الصغير لا يمنع

اصله حفر البير قبل له الحافر لم يوقع فعلاً في الواقع ولا فيما اتصل به فلم يمنع بفعله
للمباشر او وقع الفعل في المقتول فاثر ذلك في استحقاق ما يستحق بالموت كالوا
رث واذا اجاز الورثه الوصية للقاتل قال ابو حنيفه ومحمد تجوز وقال ابو يوسف
لا تجوز وجه قولهما ان المنع من هذه الوصية لحق الوارث الا ترى ان حظه يتوفر
بابطالها فصار كالوصية للوارث فيقف على الاجازة وجه قول ابي يوسف ان المنع
من ذلك لحق الله تعالى كما يمنع الميراث ثم الميراث لا يقف على الاجازة كذلك هذا ن
قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم وذلك لقوله تعالى لا ينهاكم الله
الايه والوصية من البر ولانه من اهل دار الاسلام فجازت وصية المسلم له جاز وصية
كالحربي وصية المسلم كالمسلم قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها
الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل والكلام يقع اولاً في ان الوصية تفتقر
الى قبول الموصى له وقال زفر لا يفتقر الى القبول وهو احد قولي الشافعي وجه [illegible]
انه تمليك بعقد فتوقف على القبول كالتمليك بالهبة والبيع ولان الوصية لو دخلت
في ملك الموصى له بغير قبوله كان للموصي ان يلزمه الملك بغير اختياره والانسان لا
يملك نقل الشي الى ملك غيره بغير اختياره الا ان يكون له عليه ولاية ولا ولاية
للموصي على الموصى له وجه قول زفر انه ملك ينتقل بالموت ولا يفتقر الى القبول
كالميراث واذا ثبت ان القبول معتبر قلنا لا يصح الا بعد الموت وذلك لان الوصية
تمليك يتعلق بالموت دليله انه اذا اوصى بثلث ماله او بثلث غنمه استحق الموصى
له ثلث ما يوجد في ملك الموصي عند الموت ولا يعتبر ما كان في ملكه وقت الوصيه
واذا كان عقد الوصية ينعقد عند الموت كان القبول بعد ذلك وما يوجد من القبول والرد

[margin: قوله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر اي الذمي وفي ... المختار ...]

والرد قبل الموت لا يعتد به لانه قبل الايجاب وقد قال الشافعي اذا مات الموصي زال ملكه
عن الثلث ولم يدخل في ملك الورثه ولا في ملك الموصى له حتى يقبل وذلك لان الموت يوثر في
زوال الاملاك فلا بد من زواله والقبول شرط في انتقاله الى الموصى له ولم يوجد ولا ينتقل
الى الورثة لان حق الموصى له متعلق به وتعلق الحق بالمال يمنع انتقاله الى الورثة
فبقي وانه ملك الميت ولا يملكه احد بمنزلة البيع المشروط فيه الخيار على قول ابي حنيفة
وقال الشافعي في احد قوليه ينتقل الى الوارث ثم ينتقل القبول من الوارث الى الموصى له
فاذا اوصى بما زاد على الثلث ثم مات فما زاد على الثلث ينتقل الى ملك الوارث ويملكه ملكا مرا
فان اجاز حكمنا بزوال ملكه وانتقال ذلك الى الموصى له بالموت وان رد استقر ملكه و
قال الشافعي ينتقل الى الوارث ثم منه الى الموصى له قولاً واحداً وهذا الخلاف مبني على
اصل وهو اذا اوصى بجميع ماله فاجازة الورثة فهو تمليك من الميت وكذلك الوصية
للوارث وقال الشافعي في احد قوليه يكون هبة من الوارث ان قبض صح والا بطلت
وفي القول الاخر لا اجازة تنقل الوصية لنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث الا ان يشا
الورثه فاثبت بالاستثنا ما نفاه فاقتضى ان يكون ذلك وصية بعد الاجازة ولانه عقد
على ملك نفسه مع تعلق حق الغير به فاذا اسقط الغير حقه نفذ العقد من جهة
العاقد اصله اذا اوصى وعليه دين فابراه الغرما من دينهم فان قيل لو اجاز الوارث
في مرضه كان ذلك من ثلث ماله فدل على انه تمليك من جهته قيل له الوارث وان لا يملك
فقد اسقط حقه عن الملك بفعله واسقاط الحقوق عن الاموال يكون من الثلث
واذا لم يكن تمليكا كالعتق وكما لو ابتاع ما يساوي عشرة دراهم بدرهم ثم رد
بعيب في مرضه كان من الثلث وان لم يكن تمليكا كذلك هذا قال ويستحب

عا

ان يوصي الانسان بدون الثلث لحديث سعد ان النبي عليه السلام قال له الثلث والثلث كثير وقد
دلت الاخبار كلها على استحباب الوصية لمن له مال كثير واما من له مال قليل وله ورثه فالاولى
ان لا يوصي لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وعن
ابن عمر قال كفا المرء اثما ان يضيع من يقوت قال واذا اوصى الى رجل
فقبل الموصى في وجه الموصي ورد في غير وجهها فهو ليس برد وان ردها في وجهه
فهو رد وجملة ما يقال في هذا الموضع ان الموصى لا يلزمه الوصية الا بقبوله او ما يجري
مجرى قبوله لانه متبرع بالتصرف والتبرع لا يلزم الانسان الا برضاه وانما قلنا ان
قبول الوصي يصح في حال حيوة الموصي لان تصرفه يقع لمنفعة الموصي فلو وقف القبول
والرد على الموت لم يومن ان يموت الموصي ولم يسند وصيته الى احد فيكون في ذلك
اضرار به فلذلك جوزنا القبول في حال الحيوة ولا يشبه هذا قبول الموصى له انه لا
يجوز الا بعد الموت لان الاستحقاق هناك انما هو لحق الموصى له فلم يفتقر الى تقديم
القبول على الموت فاذا ثبت هذا قلنا اذا قبل في حال الحيوة ثم رد بغير حضرته لم يصح
الرد لانه لما قبل الوصية فقد سكن الموصي اليه فلو جاز له ان يخرج نفسه من الوصية
بغير حضرته كان في ذلك تغرير للموصي الا ترى انه يموت ولا وصي له وهذا لا يجوز
كما لا يجوز للوكيل ان يعزل نفسه بغير حضرة الموكل واما اذا رد في وجهه بطلت الوصية
لانه متبرع بقبولها والمتبرع ان شا قام على التبرع وان شا رجع ولان الانسان قد
يقبل الوصية ظنا منه انه يقدر ان يقوم بها ثم يعلم انه لا يتمكن من القيام بها فلو لم
يجز له الرجوع اضر ذلك بالوصي وبالورثه وهذا لا يصح وقولنا في اول الفصل ان
الوصية لا يلزم الوصي الا بالقبول او ما يجري مجرى القبول فهو اذا مات الموصي قبل

قريب

وانه القريب منهم والبعيد سوا والكلام في هذه المسله يقع في فصول احدها الاعتبار الا
فالاقرب عند ابي حنيفه والدليل عليه انه استحقاق بعد الموت باسم الوارثه فوجب
ان يتوقف فيه الاقرب فالاقرب اصله الميراث فان قيل انما ساووا في سبب الاستحقاق
وهو اسم القرابة فوجب ان يتساووا في الاستحقاق اصله اذا اوصى لبني فلان قالوا
على ان الاسم يتناول الجميع انه نزل قوله تعالى وانذر عشيرتك الاقربين فصعد
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا بني عبد مناف ان الله تعالى امرني ان انذر عشيرتي الا
قربين وانتم عشيرتي الاقربين واني لكم نذير مبين بين يدي عذاب شديد
فدل على ان الاسم يتناول الجميع والجواب ان تعلق الاستحقاق بالاسم يخالف الا
جماع لان ابا حنيفه اعتبر الاقرب وابو يوسف ومحمد اعتبرا من يثبت الى اقصى
الاب في الاسلام وقال الشافعي اعتبر الى من ينسب الى الاب الادنى وما خالف الاجماع لا يصح
والثاني انه مختص بذي الرحم المحرم لان للموصي قصد الوصلة لاقاربه وما طوبقه
الوصلة تختص بذي الرحم المحرم اصله النفقه وجه قولهما ان الاسم يتناول
الجميع بدليل قصة الانذار فاذا ثبت ولي الاسم تساووا في الاستحقاق الثالث
انه لا يدخل فيه الوالد والولد لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الايه
فعطف على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه فلان القرابة من يتقرب
الى الانسان بغيره والاب والابن كل واحد منهما اصل القرابه و يتقرب بنفسه
فلا يتناوله اطلاق الاسم في العادة الا ترى انه لا يقال هولا اقارب فلان وجه
قولهما انه حكم يتعلق بالقرابة فلا يخرج منه الولد والوالد اصله الميراث و
النفقه الرابع انه اذا كان له عمان وخالان فالثلث للعميه عند ابي حنيفه

الا اقرب من الخالين على اصله في اعتبار الاقرب وعلى قولهما هو بينهما اوبا عا على
اصلهم ان القريب والبعيد فيه سوا وان ترك عمًا وخالين فله منه النصف عند
ابي حنيفه وللخالين النصف لان اسم الاقارب يتناول الجميع واقله اثنان فاذا
كانت الوصية للاثنين لم يستحقها الواحد فيكون له نصف الثلث وبقي النصف
الاخر لا مستحق له اقرب من الخالين فيكون بينهما وقد قال ره ابو حنيفه
لو اوصى لذي قرابته وكان له عم استحق جميع الثلث لان اللفظ يتناول الواحد
قال ره ومن اوصى لرجل بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثاها وبقي
ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وذلك لان هذا الثلث قد كان
يجوز ان يستحقها الموصى له اذا وقعت القسمة بينه وبين الورثه فعلى ان
الوصية تعلقت به وما تعلق به الوصيه اذا كان يخرج من ثلث الباقي من
المال نفذ الوصية فيه ولم يوثر في ذلك ما هلك منه كما لو اوصى بثلث بشرط به
فاستحق ثلثاه وعلى هذا كل ما يقسم بعضه في بعض مثل المكيل والموزون والابل
والبقر والشاة اذا كان ذلك من جنس واحد لما ذكرنا قال ره واذا كان
اوصى له بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من
ماله من الثياب وهذا صحيح وانما يريد اذا كانت الثياب مختلفة الاجناس
وذلك لان الباقي منها لا يجوز ان يستحقه الموصى له بالقسمة لما كان لا يقسم
بعضها في بعض فلم يكن الوصية متعلقة بالباقي فلم يجز ان يستحق الموصى له
اكثر من ثلثه وعلى هذا ساير ما لا يقسم بعضه في بعض اذا اوصى بثلثه
كالدور والرقيق على قول ابي حنيفه والجواهر قال ره ومن اوصى لرجل

وكل موضع اتصلت العين بزيادة فلا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع وذلك
مثل السويق يلت بسمن لان السمن زيادة من مال الموصي لم يدخل في الو
صية ولا يمكن تسليم العين دونها فقد تعذر تسليم العين الموصى بها بفعل
الموصي فبطلت الوصية فكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع
كمن اوصى بعين ثم باعها ثم اشتراها لان البيع اوجب زوال الملك ويستحيل
ان تنفذ الوصية مع ذلك فاذا اوصى بشاة ثم ذبحها بطلت الوصية لانه
تصرف في نفس العين الموصى بها فيستدل به على الرجوع الا ترى ان الملك في الو
صية يقع بالموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى ذلك الوقت فدل ذلك على
الرجوع قال ره وان جحد الوصية لم يكن رجوعًا وهذا الذي
ذكره جعله اصحابنا قول محمد وقالوا عند ابي يوسف يكون رجوعًا وجه قول
ابي يوسف ان الجاحد نافي الوصية في الحال وفيما مضى والرجوع نفي لها في
الحال فاذا نفاها في الحالين فاولى ان يكون رجوعًا وعلى هذا قالوا في المرتد
اذا جحد الردة كان ذلك توبة وجه قول محمد ان الرجوع اثبات الوصية فيما
مضى وابطالها في الحال والجحود نفي لاصل العقد وذلك لا يصح معه الرجوع
ولهذا قالوا ان جحود النكاح لا يكون طلاقًا قال ره ومن اوصى لجيرانه
فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقال محمد استحسن ان يكون للملاصق
ولغيره ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا قول ابي يوسف
وجه قول ابي حنيفه ان الحكم المتعلق بالجوار في الشريعة هو الشفعه
وذلك يختص بالاصيق وكذلك حكم الوصية يجب ان يحمل عليه وجه قولهما

ان الموصي يقصد بالوصية من يخالطه ويقرب منه وهذا المعنى يستوي فيه الاصق
وغيره الا ترى ان بر الجار مستحب لا يختص ذلك بالقريب دون البعيد كذلك الوصية
وانما اعتبر من يجمعهم مسجدًا لانه قرب اختلاط واذا اختلف المسجد زال الا
ختلاط وقد قال الشافعي في هذه المسئلة الجوار الى اربعين دارًا احتج بما روي عن
النبي عليه السلام انه قال حق الجوار اربعون دار هكذي وهكذي وهكذي وهكذي
وهذا خبر لا يعرف وقد طعن في روايته مع ذلك وقد قالوا انه يستوي في ذلك
الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم على حد
سوا فاستووا في الاستحقاق قال ره ومن اوصى لاصهاره فالوصية
لكل ذي رحم محرم من امراته والاصل في ذلك ان النبي عليه السلام لما اعتق صفيه
وتزوجها اعتق كل من ملك ذا رحم منها ما ملكه اكرامًا لها فكانوا يسمون اصهار
النبي عليه السلام وعلى هذا كل ذي رحم محرم من زوجة ابنه وزوجة ابيه وزوجة ذي رحم
محرم منه يتناولهم اسمهم واسم الاصهار قال ره وان اوصى لاختانه فالختن
زوج كل ذات رحم محرم منه لان الاسم يتناول هولا وقد قالوا ان الختن اسم
فدل على ان الاصل الختن من ابصل بسبب الموصي قال ره ومن اوصى لا
قربايه فالوصية للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه لا يدخل فيهم الوا
لدين والولد ويكون للاثنين فصاعدًا فاذا اوصى بذلك وله عمان وخالان
فالوصية لعميه عند ابي حنيفه وان كان له عم وخالان فللعم النصف
وللخالين النصف وقال ابو يوسف ومحمد الوصية لكل من ينسب الى الموصي
الى اقصى اب له في الاسلام وقال الشافعي تصرف الى جميع اقاربه من قبل ابيه

تجوز ان يوصي به ولا يجوز ان يسلم له بالوصية من غير اجازة مع قيام حق الورثه
وهو ان يرد الموصي الاول الوصية او يموت قبل الموصي والوصية بالجميع لا يجوز
ان يسلم الموصى له مع قيام حق الورثه الا بالاجازة وجه قولهما انه فاضل بينهما في
الوصيه من ماله فوجب ان يسلمه كما لو اوصى بالربع والثلث وكالدراهم المرسله الجواب انه
اوصى لكل واحد بما يجوز ان يستحق في حال الانفراد من غير اجازة وفي مسئلتنا خلافه
واما الدراهم المرسلة فالوصيه بها لم تنعقد على حق الوارث ويجوز ان يتعلق الا
ستحقاق جميعها من غير اجازة مع قيام حق الورثه بان يزيد المال فلذلك جاز ان
يضرب بها ان زادت على قدر الثلث والوصية بجميع المال بخلاف ذلك فان قيل قد
قال ابو حنيفه فيمن اوصى بعين من تركته تجاوز قيمتها الثلث ان الموصى له لا يضرب
فيه الا بقدر الثلث وان جاز ان يخرج من الثلث بزيادة قيل له هذه وصية بعين تعلق
حق الورثه بها فهو كالوصية بما زاد على الثلث وليس كذلك الدراهم المرسله لانها
لم تتعلق بعين التركه التي تعلق حق الورثه بها وفي الاكثر لو هلكت العين فاستفاد
مثلها بطلت الوصية فدل انها متعلقة بعين التركه واذا ثبت من اصل ابي حنيفه
انه لا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث رده الى الثلث فيصير كانه اوصى لكل واحد منهما
بالثلث فيكون الثلث بينهما نصفان وعلى اصلهما يضرب كل واحد بجميع وصيته فيكون
بينهما على اربعة فاما المسايل التي استثناها ابو حنيفه والدراهم المرسله وهو
ما لا يتعين فيه شي بعينه ولم يثبت الى جز من المال بما بيناه انها لا تتعلق بحق
الورثه والعتق الموقع في المرض والموصى له والمتعلق بالموت والمحاباة في المرض
ايضا وصايا بالسعايه ويقدر المحابه وذكره دراهم مرسله والمعنى فيها واحد

فهذه خمسة مسايل يضرب الموصى له فيها بما زاد على الثلث في قول ابي حنيفة قال
ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية الا ان يبري الغرما من الدين وذلك
لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال انكم تقرون الوصية قبل الدين وانما هي بعده فكذلك عن
ابن عباس ومعناه ان في الاية تقديما وتاخيرا فدل على تقديم الدين على الوصايا
ولان الدين واجب والوصية تبرع والواجب مقدم على التبرع ثم هما جميعا
يتقدمان على الميراث لان الله تعالى اثبت الميراث من وصية يوصي بها او دين قال
ومن اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة روى الحسن بن زياد عن زفر ان
ذلك يجوز وجه قولهم ان نصيب الابن هو ما استحقه من الارث وكانه اوصى له
بما يستحقه ابنه بعد موته فلا يجوز ولان الوصية تعلقت بملك الغير فلا يصح
كما لو اوصى له بمال زيد وجه قول زفر انه اوصى بما ملكه في الحال وانما يصير في التاني
في للابن وذلك لا يمنع صحة الوصية اصله الوصية بثلث ماله قال فان اوصى
بمثل نصيب ابنه جاز وهذا الذي ذكره وصية بنصف المال اذا كان له ابن واحد
فان اجازه جاز والا كان له الثلث وقال مالك يكون وصية بجميع المال وجه قولهم
انه اوصى له بمثل نصيب ابنه ومثل الشي غيره فهذا يقتضي اثبات النصيب
واثبات مثله للموصى له وجه قول مالك ان الابن يستحق جميع المال ومثله هو الجميع
فكانه اوصى اليه بجميع ماله فيقف على اجازة الوارث قال وان
كان له ابنان فللموصى له الثلث وذلك انه جعل له مثل نصيب ابن فصار الموصى
له بمنزلة ابن اخر فيضاف الى عدد البنين الواحد فيقسم المال اثلاثا فله
في هذه المسالة الثلث ولو كان له ابن فان اوصى له بمثل نصيب ابن لو كان وليس

له ابن فله نصف المال ولو كان له ابن كان للموصى له ثلث المال واصل ذلك انه يقدر الابن
الاخر موجودا وقد اوصى بمثل نصيب احدهم قال ومن اعتق عبدا
في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله وصية يعتبر من الثلث فيضرب به
مع اصحاب الوصايا والاصل في ذلك ان الوصية عبارة عما اوجبه الموصي في ماله بعد موته
متطوعا وانما اختص اسم الوصية لما كان تبرعا لان ما هو واجب لا يقف استحقاقه
على قول الميت وانما الذي يستحق بقوله ما لم يكن واجبا عليه وما تبرع به حال
المرض من العتق والهبة والمحاباة وما اشبه ذلك فليس بوصية في الحقيقة لانه
تنجيز قبل الموت فهو بمنزلة ما نجزه في صحته وانما اراد صاحب الكتاب بقوله
انه وصية في باب اعتباره من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا به وانما كان حكم الوصية
لان الورثة تعلق بمال المريض حال مرضه فما اوجبه في تلك الحال يكون من
الثلث كما لو علقه بالموت وعلى هذا لما ابتدا المريض ايجابه على نفسه في ذمته فهو
في حكم الوصية مثل الضمان والكفالة ولانه متهم فيه كما يتهم في الهبة فكل ما اوجبه
بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في صحته لانه علقه بحال حق الورثة فيه متعلق
بالمال فيعتبر حال الاضافة لا حال العقد وما نفذه من التبرع فالمعتبر فيه حال
العقد فان كان صحيحا كان من جميع المال وان كان مريضا كان من الثلث لانه لم
يصفه الى حالة مستقبلة فاعتبر في ذلك حال ايجابه وقد قالوا لو اكل من مرض صح
فهو كحال الصحة فيما اوجبه فيه ولان الحكم متعلق بثبوت حق الغير في ماله
الموصي فاذا برئ من مرضه بينا انه اوجب ولا حق لاحد في ماله قال وان
حابا ثم اعتق فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة فان اعتق ثم حابا فهو سوا وقال ابو يوسف
ومحمد

العتق اولى في المسالتين وجملة ما يقال في هذا الموضع ان جميع الوصايا اذا لم يكن فيها
ما جاوز الثلث فكل واحد من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم بعضهم
على بعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحا
باة في البيع اذا وقع في المرض وذلك لان الوصايا قد تساوت وسبب كل واحد مثل سبب
الاخر والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق
الذي ذكره لانه مما لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ من جهة الموصي
وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فصار بمنزلة العتق واذا قدم ذلك فما
بقي من الثلث يستوي فيه من سوى هولا من اهل الوصايا ولا يقدم بعضهم واذا ثبت
هذا الاصل قلنا اذا حابا ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى بالتقديم عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد هما سوا وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان كل واحد من
العتق والمحاباة قد ساوى الاخر في انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي والمحاباة
مزية وهي انها يتعلق استحقاقها بعقد معاوضة فاذا تقدم العتق فقد ساوى
المحاباة في الثبوت وحصل له مزية التقديم لان الانسان تقدم الاهم عنده
والمحاباة مزية اخرى وهي تعلقها بعقد معاوضة فتساويا فاذا تقدم المحاباة
وصار لها مزية التقدم وتعلقها بعقد معاوضة وللعتق مزية واحدة
وهو تعذر الفسخ فيه وقد ساوته المحاباة في هذه المزية فلذلك قدمت وجه
قولهما ان العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ فكان ما لا يلحقه الفسخ اولى
بالتقديم وللجواب ان هذا يبطل بالدين فانه مما لا يلحقه الفسخ وهو مع
هذا تقدم على الوصية لما تعلق بعقد يقتضي الاستحقاق كذلك المحاباة

قال ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص من السدس
فيتم له السدس وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي حنيفة رواية اخرى
له سهام اخس الورثة الا ان يكون من اكثر من السدس فيكون له السدس وقال ابو يوسف
ومحمد له اقل سهام الورثة الا ان يكون اكثر من الثلث فيكون له الثلث وجه قول
ابي حنيفة ما روى عبد الله بن مسعود ان رجلا اوصى بسهم من ماله فاعطاه
رسول الله عليه السلام السدس ذكر هذا الخبر ابو بكر الرازي عن هذيل بن شرحبيل
عن ابن مسعود رضي الله عنهم فان قيل انه اعطاه برضا الورثة قيل له نقل الوصية
والتقدير فالظاهر ان الحكم تعلق بسبب المنقول وتعلقه بمعنى اخر غير
الظاهر وعن اياس بن معاوية السهم في اللغة العرب عبارة عن السدس
وكذلك ذكر الحاحص وهو لا اهل اللغة وقولهم في الاسما ولان الميراث متعلق
بالنسب في الاصل ادنى سهام ذوي الانساب هو السدس فتقدرت الوصية
وجه قولهما ان السهم يعبر به عن سهام الورثة فيدفع اليه اقلها لانه متيقن
الا ان يكون اكثر من الثلث فيرد الى الثلث لان الوصية لا تصح باكثر من الثلث
فان لفظ سهم يحتمل القليل والكثير فصار بمنزلة الجزء والنصيب قيل له لا نسلم
ذلك على ما بيناه انه عبارة عن السدس والمعنى في الجزء والنصيب ان التضاد
لا يقع به في الفرايض الا ترى انه لا يقال عال بالفريضة بجزء ولا نصيب ويقال
عالت بسهم فعلم ان السهم هو واحد من جملة مقدرة والجزء والنصيب
كل واحد منهما لا يعبر به عن واحد من جملة محصورة قال فان
اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم وذلك لان الجزء معبر به

من القليل والكثير فوقف ذلك على اختيار الورثة فاي شي دفعوا اليه تناوله
اسم الوصية قال ش ومن اوصي بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرايض
منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات وذلك لان امر المسلم
محمول على الصحة ما امكن ومن شان المومن ان يكون قادما الفرض على البداءة
من فعل النافلة وان اخره في لفظ الوصية فلذلك قدمت الفرايض وان اخرها
ثم النوافل وان تساوت في القوة بدا بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان
الانسان انما يبتدي بالاهم وذكر الطحاوي انه ابدا بالزكوة على الفريضة
وهو احدي الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخري تقدم الحج وجه الرواية
الاولي وهو قول محمد ان كل واحد منهما منصوص عليه في القران وهو فرض الا
ان الزكوة يتعلق بها حق الادمي فكانت اقوي وجه الرواية الاخري ان الحج يتعلق
بالبدن والمال والزكوة يتعلق بالمال وليس لها تعلق بالبدن فكان الحج اقوي
فكان اولي بالتقديم ثم يقدم الزكوة والحج على الكفارات لانها اقوي ومن جانبها
من الوعيد ما لم ياتي في الكفارات والكفارة في القتل والقتل والظهار واليمين
متقدمة على صدقة الفطر لان القران دل على وجوب هذه الكفارات ولم يدل
على وجوب صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية لاتفاق الائمة
على وجوبها وعلى هذا القياس تقدم بعض الواجبات على بعض قال ش
وما ليس بواجب قدمت منه ما قدمه الموصي وذلك لان الموصي لا يقدم
الا ما هو اهم اليه وكان اولي بالتقديم كما لو صرح بذلك وقد قالوا ان
الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان للادمي وما كان حقا لله تعالى فما

اصاب القرب صرف فيها على هذا الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب
ولا تجعل الجميع لوصية واحدة وان كان المقصود بجميعها الله تعالى فكل
واحد لنفسه مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الادميين قال ش
ومن اوصي بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده راكبا فان لم يبلغ الوصية
النفقة احجوا عنه من حيث يبلغ وذلك لان الوصية الوصية تنصرف الي ما
اوجب الله تعالى عليه والذي وجب عليه انما وجب من بلده بدليل انه يعتبر فيه
من المال ما يكفيه من بلده واذا انصرفت الوصية الي ذلك وجب اخراجها
كذلك وقوله ش راكبا فلان الانسان لا يلزمه الحج ماشيا فانصرفت الوصية
الي ما وجب عليه على الصفة التي وجب عليها فاما اذا لم يبلغ النفقة ذلك
فالقياس ان لا يحج عليه لانه امر بحجة على صفة وقد عدمت الصفة الا انهم
جوزوا ذلك لان الموصي قصد تنفيذ الوصية في مسلتنا الا ان يحجوا عنه
من حيث يبلغ النفقة فكان ذلك اولي من ابطال الوصية قال ش ومن
خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصي ان يحج عنه حج من بلده عند ابي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحج من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا
الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في بعض الطريق حج عن الميت من بلده وجه
قول ابي حنيفة وزفر ان الوصية تنصرف للحجة التي اوجبها الله تعالى وتلك
هي التي وجبت من بلده فوجبت ان يودي عنه على الوجه الذي وجبت
وجه قولهما ان السفر بنية الحج قد تعلق به قربة فسقط الفرض في تلك المسافة
وصار كانه من اهل ذلك المكان الذي انتهي اليه فيحج عنه منه وليس

كذلك اذا خرج للتجارة لان سفره ليس بقربة فلم يسقط الفرض من بعض الطريق فلزم
ان يحج من بلده قال ش ولا يصح وصية الصبي والمكاتب وان ترك وفا وقال
الشافعي في احد قوليه يصح وصية المراهق لنا انه تبرع فلا يصح من الصبي
اصله عتقه وهبته ولانه استحقاق مال بقول الصبي فلا يثبت كالواقع
بدين فان قيل روي ان صبيا من غسان له عشر سنين اوصي لابنة عم له وله وارث
فرفع ذلك الي عمر فاجاز وصيته قيل له قول الواحد لا يكون حجة حتي ينتفي
من غير خلاف وقال الشافعي والنخعي والحسن لا تجوز وصية المراهق فبطل
الاحتجاج بالاجماع فلم يبق الا التقليد وذكر عندنا لا يجوز وعند التقليد
الصحابي لا يلزم اذا خالف عموم لفظ رسول الله واما المكاتب فانه من اهل
التبرع فلا يصح وصيته كما لا يصح عتقه وهبته قال ش ويجوز
للموصي الرجوع من الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز فيه كالهبة ولان القبول فيه
موقوف على الموت والايجاب من غير قبول يصح ابطاله قال ش واذا صرح
بالرجوع او قال او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا وذلك لانه يخرج
لفظه العقد وابطاله فاذا فعل ما يدل على الابطال قام مقام قوله قد
ابطلت اصله البيع المشروط فيه الخيار اذا فعل المشتري ما يدل على ابطال
خياره واذا ثبت هذا قلنا كل فعل لو فعله الانسان في ملك غيره سقط حق
المالك عن العين فان الموصي اذا فعله كان رجوعا لان تعلق حق المالك
امنع من تعلق الحق للموصى له بالوصية فاذا كان هذا الفعل سقط حق الا
لان يبطل الوصية اولي واما ما لا يسقط حق المالك من العين فهو على ضروب

الولاية فليس للقاضي الاعتراض اذا اقام غيره مقامه اقام من هو في مثل صفته فاذا
تساويا فمن اختاره الميت اولي قال ش ومن اوصي الي اثنين لم يجز لاحدهما
ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في شري الكفن للميت وتجهيزه
وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضا الدين بعينه وتنفيذ وصية
بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت وقال ابو يوسف يجوز
لكل واحد منهما ما صنع وجه قولهما ان الموصي رضي برايهما ولم يرض براي احدهما
وراي الاثنين يخالف راي الواحد فلم يجز انفراد احدهما كالوكيلين وجه قول ابي يوسف
ان الوصي يتصرف بالولاية فصار كالوكيلين في النكاح فينفرد كل واحد منهما بالتصرف
قيل له الولاية اذا تعلقت بسبب يتبعض جاز ان يعتبر فيها الاشتراك اصله ولاية
المولين على تزويج الامة واذا ثبت من اصلهما انه لا يجوز لاحدهما ان ينفرد
بالتصرف قالا لا يعتبر ذلك الا فيما يكون في تاخيره ضرر او يكون مما لا يفتقر
الي الراي كشري الكفن والطعام والكسوة في تاخيره الي ان يجتمعا ضرر والموصي
قصد الاحتياط ولم يقصد الاضرار كذلك الخصومة لانهما اذا اجتمعا عليها
يتكلم بعينه لم يفهم عن واحد منهما فكان في اجتماعهما ضرر واما تنفيذ وصية
بعينها ووديعة بعينها وعتق عبد بعينه فان ذلك لا يقف على الراي واجتماعهما
انما يحتاج اليه للراي واما قضا الدين فان صاحبه لو اخذه من مال
الميت ابتدا جاز ففعل احد الوصيين اولي بالجواز ومن قال الشافعي
لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في هذه الاشيا لانه اشرك بينهما في النظر
فلا يجوز لاحدهما ان ينفرد كالوكيلين والجواب انه اذا وكل اثنين بما لا يحتاج

اختلاف الراي جاز ان ينفرد احدهما به كالطلاق فلا فرق بينهما قال ش ومن
اوصى بثلث ماله ولاخر بثلث ماله فلم تجز الورثه فالثلث بينهما نصفان وذلك لان
ما زاد على الثلث موقوف على اجازة الورثه فاذا لم يجيزوا صار الثلث من حقهما
وقد تساويا في الوصية فتساويا في الثلث لان التساوي في سبب الاستحقاق
يوجب التساوي في نفس الاستحقاق اصله البنتين في الميراث قال ش
فان اوصى لاحدهما بالثلث وللاخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان الثلث يضيق
عن حقهما وكل واحد منهما يدلي بسبب صحيح فاقتسماه على قدر حقهما كاصحاب
العول واصحاب الديون اذا ضاق عنهما التركة فيجعل لصاحب السدس سهم
ولصاحب الثلث سهمان فيقتسمان الثلث قال ش فان اوصى لاحدهما بجميع
ماله وللاخر بثلث ماله فلم تجز الورثه فالثلث بينهما على اربعة عند ابي يوسف ومحمد
وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة بينهما نصفان وكان ابو حنيفة لا يضرب للموصى
له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة وجه قول ابي
حنيفة انه اوصى بما جعل له ان يوصي به وبما لم يجعل له في الشرع ان يوصي به فلم يكن
للموصى له ان يضرب بما لا يجوز الوصية به اصله اذا اوصى له بعبدين فاستحق
احدهما واوصى لاخر بعبد واحد لم يضرب صاحب العبدين بالمستحق لما ذكرنا
ولان الموصى له بما زاد على الثلث سببه غير صحيح بدليل انه لا يستحقه الا بالاجازة
والموصى له بالثلث سببه صحيح بدليل انه يستحقه من غير اجازة مع قيام حق
الورثة ومن كان سببه صحيحا لا يساوي من لم يصح سببه ولا يلزم اذا اوصى
بثلث ماله واوصى لاخر بالثلث لان كل واحد منهما تعلقت وصيته بمقدار

قبول الوصي ثم تصرف الوصي فتصرفه بمنزلة قبوله لانها تمت من جهة الموصي
فوقف على حق الوصي فيكون تصرفه كقبوله اصله البيع المشروط فيه الخيار
قال ش والموصى به يملك بالقبول الا في مسلة واحدة وهي ان يموت الموصي ثم
يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته وهذا الذي ذكره استحسان
والقياس ان تبطل الوصية لان تمامها موقوف على القبول وقد فات ذلك بالموت فبطلت
الوصية كما يبطل ايجاب البيع بموت المشتري قبل القبول وجه الاستحسان ان
الوصية قد تمت من جهة الموصي تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما وقفت على
حق الموصى له واذا مات دخلت في ملكه كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا
مات قبل الاجازة قال ش واذا اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم
القاضي من الوصية ونصب غيرهم اما العبد فلان منافعه لمولاه فلو اقره القاضي
في الوصية وهو لا يقدر على القيام بما كان في ذلك تضييع لامر الميت وان اجاز المولى
له ان يرجع ويمنعه العبد من التصرف فكان للاولى اخراجه منها ولو تصرف العبد
قبل ان يخرجه القاضي جاز تصرفه لان تصرف العبد بالوصية بمنزلة تصرفه
بالوكاله فاذا جاز تصرفه في احدهما كذلك في الاخر واما الكافر فاطلاق صاحب
الكتاب يقتضي جواز الوصية اليه وذكر الشيخ ابو الحسن انها باطلة و
يحتمل ان يكون معنى ذلك ان للقاضي ان يبطلها ويحتمل انها باطلة على الحقيقة ووجه
ذلك ان الوصي يتصرف بالولاية والكافر لا يثبت له ولاية على المسلم ولانه متهم في حقه
ايضا وجه ما ذكره في الكتاب انه يجوز ان يتصرف بالوكالة فكذلك بالوصية اصله
المسلم الا ان القاضي يخرجه منها للتهمة التي تلحقه في حق المسلمين واما الفاسق

فان القاضي يخرجه منها للتهمه لانه متهم على الورثة فان تصرف قبل ان يخرجه نفذ تصرفه
جاز لانه يتصرف من طريق الامر فلا يمنع الفسق ذلك كالوكيل وقد قال الشافعي معتبر
ان يكون عدلا عند الوصيه والا لم تصح الوصيه بدليل انه لا يجوز افراده على الوصية
فلا تصح اليه وهذا يبطل اذا اوصى الى ضعيف لا يقدر على التصرف منفردا قال ش
ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية وذلك لان الوارث الكبير
يلي على العبد بدليل انه يملك بيعه ويستحيل ان يثبت للعبد ولاية عليه بالوصية
ويثبت للموارث الولاية على العبد بالملك فلذلك لم تصح الوصية واما اذا كان جميع الو
رثة صغارا اجازت الوصية اليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز وبه
قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة انه يجوز تصرفه عليهم حال حيوة ابيهم بامره
فجاز تصرفه عليهم بعد موته بوصيته كالحر ولانه يجوز تصرفه عليهم بعد بلوغهم
بامرهم فجاز تصرفه عليهم حال صغرهم بوصية ابيهم اصله الحر وجه قولهما ان من لا تصح
الوصية اليه اذا كان في الورثه بالغ لم تجز الوصية اليه اذا لم يكن فيهم بالغ كالمجنون
الجواب انه اذا كان فيهم بالغ فانه يملك نقض تصرفه عن التصرف ببيعه واستحال ان يلي
عليه وصرفه بيده فان قيل فاذا كانوا صغارا والقاضي يلي في بيعه اذا راى ذلك
قيل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية اليه لانه يلي على الاحرار مع
جواز الوصية اليهم قال ش ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية
ضم اليه القاضي غيره وذلك لان الورثة لا ينتفعون به واخراجه من الوصية
لا يجوز لانه غير متهم اذا كان عدلا ثقة يلزم القاضي ان يقوي تصرفه ويكمله
بضم غيره اليه واما اذا كان قادرا على التصرف وبانقضا بالوصية وهو من اهل

الف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفعت الى الموصى له
ان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شي من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي
الالف وذلك لان الوصايا تتعلق بثلث مال الميت وهو ثلث العين وثلث الدين
فاذا كان ثلث العين يخرج منها القدر الموصى به وجب تنفيذه لان الموصي
غرضه تنفيذ الوصيه وقد امكن ذلك فوجب ان يفعل فان كانت الالف اكثر
من ثلث الالفين فقد علمنا ان بعض وصيته يتعلق بالدين فكلما خرج جزء
منه كان له ثلثه لان الموصى له شريك الوارث وحق احد الشريكين لا يجب تقديمه
على حق الاخر فلا يسلم للموصى له شي الا ويجب ان يسلم للورثه مثلاه وكل ما هلك
من المال هلك على الحقين فلهذا قلنا انما يخرج من الدين يقسمونه اثلاثا
قال ش وتجوز الوصيه للحمل وبالحمل اذا وضع اقل من ستة اشهر
من يوم الوصيه وذلك لانه ليس فيه اكثر من جهالة الموصى له وذلك لا يمنع
الوصيه بدليل جوازها بثلث ماله الموجود عند الموت وهو مجهول و
يجوز ان يوصي لولد فلان وهم مجهولون واذا كانت الجهالة لا تؤثر في الوصية
صحت للحمل وبالحمل وانما اعتبر وضعه لاقل من ستة اشهر ليتيقن وجوده
حال الوصية اذ كانت الوصيه له او كانت الوصية به قال ش وان اوصى
بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثنا وذلك لان اسم الجاريه لا يتناول
الحمل وانما يستحق الحمل باطلاق الوصية على طريق التبع فاذا افرد الام
بالوصيه صح افراده ولان الحمل لما جاز ان ينفرد بالوصيه ويملكه الورثة الام
دونه جاز الوصية بامه واستثناوه اذ لا فرق بينهما قال ش ومن اوصى

لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي قبل ان يقبل الموصى له الا انهم قبلا وهما
يخرجان من الثلث فهما للموصى له وذلك لان الجارية قد خرجت من ملك الموصي
بالوصية والموت وصح الايجاب فيهما من جهته وهي موقوفه على قبول الموصى
له فما يحدث من النماء في هذه الحال يكون للموصى له اذا قبل لانه نماء ملكه
وانما اعتبرنا ان يخرجا من الثلث لان الموصى له وان كان قد ملكه ذلك بالموت
الا ان ملكه يستقر بالقسمة وما يوجد من النماء قبل القسمة يحدث على حكم
ملك الميت بدليل انه يقضى له منه ديونه وتنفذ وصاياه وهو بمنزلة الربح في
المضاربة ان المضارب يملك الربح وهو على حكم ملك رب المال حتى انه لو هلك شي من
المال يكمل مال المضارب كذلك هاهنا يحدث على حكم ملكه فيصير كانه اوجب
فيها الوصية فلا بد من اعتبار خروجهما من الثلث قال ❀ فان لم يخرجا
من الثلث ضرب بالثلث فاخذه بحصته منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد
وقال ابو حنيفه ياخذ ذلك من الام فان فضل شي اخذه من الولد وجه قول
ابي حنيفه ان الاصل في الوصية انما هو في الجارية والولد فرع وتنفيذ الوصية
فيما اوصى به الموصي اولى فان لم يتم كمل من الولد لانه نما من العين الموصى بها
وجه قولهما ان الولد لما دخل في الوصية صار كانه اوجب الوصية فيهما فيكون
التنفيذ منهما على سوا قال ❀ وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى
داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا وقال ابن ابي ليلى لا تجوز لنا ان
المنافع تجوز ان يستحق بعقد الوقف وكذلك السكنى فجاز ان يستحق
بالوصية كالثمرة والولد ولان التمليك في حال الحيوة يصح في الاعيان ويصح

مطلب جواز الوصية بخدمة عبده

ويصح في المنافع دون الاعيان فكذلك بعد الموت وجه قول ابن ابي ليلى ان المنافع
لا تنتقل بالميراث بدليل الاجارة فكذلك لا تنتقل بالوصية واذا ثبت جواز الوصية
بالخدمة والسكنى جاز وذلك مدة معلومة كالاجارة وجاز على الابد كما تجوز
العمرى قال ❀ فان خرجت رقبة العبد من الثلث سلم اليه للخدمة
وان كان لا مال له غيره خدم الورثه يومين والموصى له يوما وذلك لان الموصي منع
الرقبة عن الورثة فصار كانه اوصى بها فان خرجت من الثلث سلمت اليه للخدمة
وان لم تخرج من الثلث خدم على ما ذكرنا اثلاثا لان الموصى له شريك الوارث فلا
يسلم اليه شي الا ويسلم للورثة مثلاه قال ❀ فان مات الموصى له عاد الى
الورثه وذلك لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو
انتقلت الى ورثته استحقها الوارث ابتدا من ملك الموصي ولم يوص له بشي فلا
يجوز له ذلك قال ❀ وان مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية
وذلك لما بينا ان ايجاب الوصية يكون بعد الموت لانه متعلق بوجود
الموت فاذا مات الموصى له لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البايع للمشتري
بعد موته قال ❀ واذا اوصى لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثى
فيهما سواء وذلك لان كل واحد منهم يتناوله اسم الولد على الانفراد فيتناو
لهم على الاجتماع واذا استووا في تناول الاسم لهم تساووا في الاستحقاق لانه ليس في
اللفظ يقتضي ما يحتمل التفضيل قال ❀ فان اوصى لورثة فلان فالوصية
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وذلك لانه لما وصفهم بورثة فلان دل على انه قصد
التفضيل لانهم يرثون فلانا على التفضيل فعلى هذا يكون الوصية ❀ واذا

اوصى لبني فلان قال ابو يوسف ومحمد الذكور والاناث فيه سوا وهو قول ابي حنيفه
الاول ثم رجع فقال هو للذكور دون الاناث وجه قول ابي حنيفه ان الابنة لا يتناو
لها اسم الابن على الحقيقه وانما يتناول الاسم الذكور والاناث حال الاجتماع على
وجه المجاز ومن حكم اللفظ ان يحمل على الحقيقه ولا يحمل على المجاز الا بدليل ولا
يشبه اذا كان بنو فلان او قبيلة او فخذ لان اضافة التسمية اليه لا يقصد بها الا
عيان وانما يقصد الانتساب وذلك موجود في الذكر والانثى وجه قولهما ان الذ
كور اذا اجتمعوا مع الاناث غلب اسم الذكور فيتناولهم الاسم جميعا وان لم
يتناولهم الاسم جميعا حال الانفراد توجب حمل الوصية على ذلك قال ❀ ومن
اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد وذلك لان الميت
لا تصح له الوصية بحال فلا يزاحم الحي الذي هو من اهل الوصية فصار كقوله ثلث
مالي لفلان وروي عن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فللحي نصف الثلث لان الحي
عنده كان من اهل الوصية ثم لما لم يعلم حاله فالوصية باقية في حقه في الظاهر
فلا يستحق الحي جميع الثلث فاذا علم بموته فوصيته له للعلم بانتفاء الاول
من وصيته قال ❀ واذا قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان
لعمرو نصف الثلث وذلك لان لفظ الوصية لم يوجب له غير النصف والذي
الفرق بينهما انه لو قال ثلث مالي لفلان وسكت صحت الوصية ولو قال ثلث مالي
بين فلان وسكت لم يستحق الثلث بهذا قال ❀ ومن اوصى بثلث ماله
ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت وذلك لان
الوصية عقد مضاف الى الموت والمضاف الى الشرط على الموجب عندها

فصار كانه قال عند الموت لفلان ثلث مالي ويستحق ثلث ما يملكه في ذلك الحال فلا يعتبر
ما قبله قال ❀ ابو حنيفه اذا اوصى الى رجل في بعض امره كان وصيا
في جميع اموره وهو قول زفر ورواية عن ابي يوسف وقال محمد يكون وصيا
فيما اوصى اليه وعن ابي يوسف مثله وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفه
ان تصرف الولي بولايته انه يتصرف مع بطلان امر الاب ولو كان يتصرف
من طريق الامر لم يجز تصرفه مع انقطاع الامر كالوكيل فان قيل انما ينقطع
الامر بالوكالة بالموت لان العقد وقع على التصرف مع الحيوة فاذا انقطع
بالموت لم يمتنع ان يكون العقد الذي ابتداه بعد الموت لا يبطل وان تعلق
في الامر قيل له الوكالة تبطل بجنون الموكل وان كانت موجبة حال الحيوة كذلك
هذا وجه قول محمد ان الموصي جعل له التصرف في نوع المال دون نوع
فلم يجز تجاوز ما جعله اليه كالوكيل قال ❀ اصحابنا من مات ولم
يترك وارثا معينا فاوصى بجميع ماله نفذت وصيته وقال الشافعي
للامام ان يردها فيما زاد على الثلث لنا قوله عليه السلام في حديث سعد انك ان
تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس فبين انه منع
من الوصية بما زاد على الثلث لما فيه من فقر الورثه وهذا لا يوجد ومن
لا وارث له معين ولانه مال لم يتعلق به حق وارث معين فجاز لمالكه
وضعه حيث شا اصله مال الصحيح وثلث مال المريض فان قيل مال له تصرف
يستحق بموت مالكه فوجب ان لا يلزمه الوصية باكثر من الثلث كما لو كان له وارث
معين قيل له اذا كان هناك وارث معين فقد تعلق حقه بالثلثين وتعلق

حق الغير بالمال يمنع التصرف فيه كما لو تعلق به حق الغرما يمنع التصرف في
الثلث دل مسلتنا بخلافه **قال** واذا اوصي لمواليه وله موال اعتقهم
وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض اقواله تكون الوصية
لهم جميعا وذكر في موضع اخر انه يوقف حتى يصطلحوا لنا ان قوله موالي اضا
فه تخصيص وكل واحد من الفريقين يضاف اليه بغير ما يضاف الي الاخر لان
احدهما مولى النعمه والاخر مولاه الذي انعم عليه والظاهر ان الموصي قصد
احدهما لاختلاف الغرض فلم يجز حمل كلامه عليهما ولا يلزم الاخوة لان الا
خ من ينتسب الي احد الابوين وهذا معنى يعم جميعهم وان اختلفوا فان
قيل لو حلف لا يكلم موالي فلان حملت اليمين علي جميعهم كذلك في الوصية
قيل له الفرق بينهما ان اليمين تناولت النفي والنفي يتناول المتضاد و
المختلف والوصية اثبات وذلك لا يعم الا ترى انه لو قال ما رايت رجلا حمل
علي كل ما يتناوله الاسم فلو قال رايت رجلا اقتضى انه راي واحدا غير معين
والله اعلم

كتاب الفرايض

الاسباب التي يتوارث بها ثلثة رحم وولا ونكاح فالرحم هو القرابه والولا
هو الرجل اذا اعتق مملوكا ثم يموت المملوك ويترك مالا فيكون ماله لمن اعتقه
اذا لم يكن له وارث غيره والنكاح هو الزوجيه وقد كانوا في الجاهليه
يتوارثون بشيئين بسبب ونسب ولا يورثون من جهة امراه ولا صغير
وانما كانوا يورثون من يقاتل ويحوز الغنيمة الي ان نزل قوله تعالى يستفتونك
في النسا الي قوله والمستضعفين من الولدان ونزل قوله تعالى يوصيكم

الله

في اولادكم الايه واما السبب فكانوا يورثون بالحلف والمعاقدة وهو ان يقول
الرجل للرجل عاقدتك علي ان يكون دمي دمك ترثني وارثك وكانوا يتوارثون بالتبني
وكانوا يتوارثون في صدر الاسلام بالهجرة **قال** الحسن كان الاعرابي
المومن غير المهاجر لا يرث من المهاجر وكانوا يتوارثون بالاخوة التي اخا
رسول الله صلى الله عليه بينهم ثم نسخ جميع ذلك بايات المواريث منها قوله تعالى
واولو الارحام الايه وقوله تعالى ادعوهم لابايهم الايه واهل الميراث علي ضربين
مجمع علي توريثهم ومختلف علي توريثه فالمختلف علي ضربين اختلافا في كونه
وارثا والخلاف في قدر ميراثه وبيان ذلك يجي في التفصيل **قال** المجمع
علي توريثهم من الذكور عشرة الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد اب
الاب وان علا والاخ وابن الاخ والعم وابن العم والمولى ومن الاناث
سبعة البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والزوجة ومو
لاة النعمة ولا خلاف بين الامة في استحقاق هولا الميراث وقد دل عليه ايضا
الكتاب والسنة قال الله تعالى يوصيكم الله في اولادكم الايه فدل ذلك علي استحقاق
الابن والبنت الميراث لان اسم الولد يتناولهم وكذلك ايضا يدل علي استحقاق
ولد الابن لتناول الاسم لهم الا ترى الي قوله تعالى يا بني ادم ولا يمتنع احد ان يقول
ان النبي عليه السلام من ولد هاشم ومن ولد عبد المطلب واجمعوا ان اسم الاولاد
يتناول ولد الصلب حقيقة ويتناول ولد الابن مجازا وان جميعهم مرادون
بالايه فان قيل كيف تحمل اللفظ الواحد علي الحقيقه والمجاز قيل له انما
يمتنع ان تحمل عليهما في حالة واحدة وان يشترك بين ولد الصلب وولد
الابن

ولسنا نقول ذلك ولكن نحمل اللفظ علي ولد الصلب عند وجودهم وعلي ولد الابن
عند عدم ولد الصلب وهذا شايع جايز وقوله تعالى ولابويه الايه يدل علي
استحقاق الاب والام الميراث واما الجد ابو الاب يتناوله اسم الاب يدل
قوله تعالى ابايي ابراهيم واسماعيل واذا تناوله الاسم استحق الميراث بظاهر الايه
الا انه لم يتناوله الاسم الا علي طريق المجاز لم يشارك الاب ويقوم الاب عليه
فاذا عدم قام مقامه بظاهر الايه وقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونسا
الايه يدل علي استحقاق الاخ والاخت الميراث واما استحقاق العم وابن
العم فبالاجماع وايضا لما روي عن النبي عليه السلام انه قال الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت
الفرايض فلاولي عصبة ذكر وقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم الايه قال ولهن
الربع مما تركتم يدل علي ميراث الزوج والزوجه واما ميراث الجدة فيدل
عليه ما روي قبيصه بن ذويب قال جات الجدة الي ابي بكر رضي الله عنه تساله
ميراثها فقال ما لك في كتاب الله شي وما علمت لك في سنة رسول الله
شيا فارجعي حتى اسال الناس فسال الناس فقال المغيرة بن شعبه حضرت
رسول الله فاعطاها السدس فقال ابو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن سلمه
فقال مثل ما قال المغيره فانفذ لها ابو بكر ثم جات الاخرى الي عمر رضي الله عنه
تساله ميراثها فقال ما لك في كتاب الله شي وما القضا الذي قضي الا لغيرك
وما انا بزايد في الفرايض ولكن هو ذلك السدس فان اجتمعا فهو بينكما وايكما
خلت به فهو لها واما ثبوت الميراث للولا فلما روي ان النبي عليه السلام ورث مولى
بنت حمزه النصف واعطا بنت حمزة النصف **قال** ولا يرث

اربعة

اربعة المملوك والقاتل والمرتد واهل الملتين فاما المملوك فانه لا يملك
شيا وما تحصل له يكون لمولاه فلو ورثناه حصل ذلك لمولاه ولا قرابة بين المولى
وبين الميت فلم يجز ان يستحق شيا كسا ير الاجانب واما القاتل فلقوله
عليه السلام ليس للقاتل شي وروي لا ميراث لقاتل وفيه اختلاف يجي في موضعه
واما المرتد فلا يرث وكذلك اهل ملتين لقوله عليه السلام لا يتوارث اهل ملتين
لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم **قال** والفروض المحدودة في
كتاب الله ستة النصف والربع والثمن والثلثان والثلث و
السدس هذا الذي ذكره قد نص الله تعالى في ثلث ايات من سورة النسا
وهي قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم الايه وقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازوا
جكم وقوله يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة في ثلثة عشر موضعا منها
قال والنصف فرض خمسة البنت لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها
النصف **قال** وبنت الابن اذا لم يكن بنت وذلك لما بينا ان اسم الولد يتنا
ول ولد الابن وانهم يقومون مقام ولد الصلب عند عدمهم وقد ثبت ان
للبنت من الصلب النصف فاذا عدمت كان ذلك لبنت الابن **قال**
والاخت من الاب والام وذلك لقوله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة
الايه **قال** والاخت لاب اذا لم يكن اخت لاب وام وذلك لظاهر الايه
لان اسم الاخت يتناول الاخت من الاب والام والاخت من الاب الا انهم اجمعوا
ان الاخت من الاب والام مقدمة علي الاخت من الاب فاذا عدمت استحقت
الاخت من الاب بظاهر الايه النصف **قال** وللزوج اذا لم يكن للميتة

ولد ولا ولد ابن وذلك لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد وقد بينا
ان اسم الولد يتناول ولد الابن على طريق المجاز ولانهم يقومون مقام الولد عند عدمه
قال ش والربع فرض اثنين للزوج مع الولد او ولد الابن لقوله تعالى فان
كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن قال ش وللزوجات اذا لم يكن للميت ولد
ولا ولد ابن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد
فلهن الثمن مما تركتم قال ش والثمن للزوجات مع الولد وولد الابن
وقد بينا ذلك قال ش والثلثان لكل اثنين فصاعدا ممن فرضه النصف
وهذا الذي ذكره صحيح هو للاثنين فصاعدا لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين
فلهن ثلثا ما ترك وهو لبنات الابن عند عدم بنات الصلب لما بينا ان الاسم
وانهم يقومون مقام ولد الصلب عند عدمهم فاذا كان لبنات الصلب الثلثان
كان لبنات الابن عند عدمهن وكذلك الاختين من الاب والام لقوله تعالى فان كانتا
اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وهو للاختين من الاب عند عدم الاخوات
من الاب والام بظاهر الاية الا انهم اجمعوا على تقديم الاخوات من الاب والام
فاما الزوج فلا يتصور ان يكون اثنان لان المراة لا يجوز ان تتزوج باكثر من
زوج واحد قال ش والثلث للام اذا لم يكن للميت ولد ولا اثنان فصاعدا من الاخوة والاخوات وذلك لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه
ابواه فلامه الثلث فجعل لها الثلث في حال لا يكون فيه وارث غير الابوين
ولا خلاف في ذلك قال ش ويفرض لها في مسئلتين وهما زوج وابوان
وامراة وابوان ثلث ما يبقى بعد فرض الزوج والزوجة وهذا الذي ذكره

قول عامة

قول عامة الصحابة والفقها الا ما روي عن ابن عباس انه قال ثلث جميع المال
وبه قال ابن سيرين وظاهر القران يدل على خلاف ذلك الا ترى الى قوله تعالى
وورثه ابواه فلامه الثلث فجعل المال بينهما اثلاثا كما جعله بين الابن والبنت
بقوله للذكر مثل حظ الانثيين وكما جعله بين الاخ والاخت اثلاثا في قوله تعالى
فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ولو حصل مع الابن
والبنت او مع الاخ والاخت زوج او زوجة ثم قسما الباقي بعد فرض الزوج
والزوجة اثلاثا كذلك الابوان ولان الزوج مستحق للنصف فاذا اجتمعا
مع الابوين كان الباقي عن فرض الزوج بينهما اثلاثا كالابن والبنت وابن عباس
قال لا احد في كتاب الله تعالى ثلث ما بقي وهذا الذي ذكره اذا لم يوجد بصريح
النطق فقد بينا ان ظاهر القران يقتضيه والعمل بالظاهر واجب كالعمل بالنطق
به قال ش وهو لكل اثنين فصاعدا من ولد الام ذكورهم واناثهم فيه
سواء وذلك لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او اخت فلكل
واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركا في الثلث قال ش
والسدس فرض سبعة لكل واحد من الابوين مع الولد وذلك لقوله تعالى ولابويه
لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد وكذلك مع ولد الابن لما بينا انهم
يقومون مقام ولد الصلب عند عدمهم قال ش وللام مع الاخوة لقوله
تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والاخوة والاخوات في ذلك سوا لان
معنى الاخوة موجود في جميعهم ولا خلاف بين الامة ان ثلثة اخوة يحجبونها
الى السدس واختلفوا في الاثنين فقال عامة الصحابة والفقها يحجب

الى ان الاثنان وقال ابن عباس لا يحجبها الا ثلثة دليلنا قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه
السدس واسم الجمع ينطلق على الاثنين بدليل قوله تعالى ان تتوبا الى الله فقد صغت
قلوبكما وقوله تعالى وهل اتاك نبا الخصم اذ تسوروا المحراب ثم قال خصمان بغى بعضنا
على بعض وروي عن زيد بن ثابت انه كان يحجب الام بالاخوين فقيل له يا ابا سعيد ان
الله تعالى يقول فان كان له اخوة وانت تحجبها بالاخوين فقال ان العرب يسمي الاخوين
الاخوة وروي عن النبي عليه السلام انه قال الاثنان فما فوقهما جماعة ولان الاثنين الى
الثلثة في حكم الجمع اقرب منهما الى الواحد لان لفظ الجمع موجود فيهما يقول قاما
وقعدا وقاموا وقعدوا اكل ذلك جاير في الاثنين غير جاير في الواحد وان كان
كذلك وجب الحاقه بالثلثة دون الواحد قال ش وهو للجدات لما روي في حديث
عبد الرحمن بن زيد قال اعطا رسول الله صلعم ثلث جدات السدس ثنتين
من قبل الاب وواحدة من قبل الام وهذا الخبر يدل على بطلان قول مالك ان ام اب
الاب لا ترث وعلى بطلان قول ابن سيرين ان ام الام لا ترث لانها جدات
لا يكون في الدرجة الاولى وترث ام ام الاب لانها ولا ترث ام اب الام خلاف
ما قاله نفاة القياس لانها تتسب بمن لا ترث معه ذي سهم ولا عصبة
فصار كالاجانب وللجد مع الولد لان الله تعالى جعل للاب مع الولد السدس
واسم الاب يتناول الجد فيستحق ذلك عند عدمه ولا خلاف في ذلك قال ش
ولبنات الابن مع البنت وذلك لما بينا ان فرض البنات الثلثان وهو فرض
بنات الابن عند عدمهم فاذا كان فرض البنات لا يزيد على الثلثين فقد استحقت
بنت الصلب النصف وبقي من السدس لا مستحق له من بنات الصلب فيكون

لبنات

لبنات الابن واحدة كانت او اكثر تكملة الثلثين الذي هو فرض البنات في الجملة
قال ش وللاخوات من الاب مع الاخت من الاب والام لما بينا ان فرض الاخوات
من الاب والام الثلثان وهو فرض الاخوات من الاب عند عدمهن فاذا كان فرض
الاخوات لا يزيد في حال من الاحوال على الثلثين وقد استحقت الاخت من الاب
والام النصف بقي السدس لا مستحق له من الاخوات للاب والام فيكون للاخوات
من الاب تكملة الثلثين واحدة كانت او اكثر تمام فرض الاخوات في الجملة
قال ش وللواحد من ولد الام لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة الاية
قال ش ويسقط الجدات بالام لا خلاف بين الامة في ذلك قال ش والجد والا
خوة والاخوات بالاب اما الجد فلانه قايم مقام الاب فلا يرث مع وجوده
كابن الابن مع الابن واما الاخوة فلقوله تعالى فان لم يكن له اخوة وورثه
ابواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس فاقتضى ان جميع المال
للابوين وان لوجود الاخوة تاثيرا في الحجب خاصة لما روي عن النبي عليه السلم
انه قال الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت الفرايض فلاولى عصبة ذكر وروي
فلاقرب عصبة ذكر والاب اقرب واولى من ولده قال ش ويسقط ولد
الام باربعة بالولد وولد الابن والاب والجد وذلك لقوله تعالى وان كان رجل يورث
كلالة او امراة والكلالة ما عدا الولد والوالد على ما بينته فيما بعد
وهذا يدل على عدم استحقاقهم مع الولد والوالد وولد الابن يقوم مقام
ولد الصلب على ما بيناه وكذلك الجد يقوم مقام الاب وكذلك في هذا الموضع
يقومون مقامهم في منع ميراث ولد الام قال ش واذا استكمل البنات

الثلثين سقط بنات الابن الا ان يكون بازايهن او اسفل منهن ابن ابن فيعصبهن وذلك لما بينا ان فرض البنات الثلثان لا يزاد على ذلك وان بنات الابن يقمن مقامهن في ذلك عند عدمهن ولم يبق في مسئلتنا ما يقوم مقام بنات الابن فيه مقام بنات الصلب فيسقطن يبين ذلك ان لهن مع البنت الواحدة السدس وهو ما بقي من فرض البنات ولم يكن له مستحق فقاموا فيه مقامهن ولا خلاف في هذا فان كان مع بنات الابن ابن ابن قسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وعن ابن مسعود انه كان يجعل الباقي لابن الابن ولا يعطي بنات الابن شيا وكذلك كان يقول في الاخوات من الاب مع الاخوات من الاب والام والباقي للاخ من الاب دون الاخوات قال لان بنات الابن يقمن مقام بنات الصلب فيما ياخذونه وقد استوعب البنات الثلثين ولم يبق من فرض البنات شي ياخذونه بنات الابن ولو قاسمن ابن الابن لزاد فرض البنات على الثلثين وهذا لا يجوز قيل له بنات الابن تارة يرثون بالفرض وتارة بالتعصيب في اخوهن لعصبتهن كما ياخذ بنات الصلب تارة بالفرض وتارة بالتعصيب فلو انفرد البنات لم ياخذن اكثر من الثلثين وان كثرن ولو كان معهن اخ لهن وهو عشرة كان لهن خمسة اسداس المال فحصل لهن في حال التعصيب اكثر مما يحصل لهن منفردات كذلك بنات الابن يجوز ان ياخذن حال التعصيب زيادة على فرض البنات قال واذا استكمل الاخوات من الاب والام الثلثان سقط الاخوات من الاب الا ان يكون معهن اخ لهن فيعصبهن وهذا على ما بيناه في البنات وبنات الابن

سوا

سوا قال واقرب العصبات البنون ثم بنوهم ثم الاب ثم الجد ثم بنو الاب وهم الاخوة ثم بنو الجد وهم الاعمام ثم بنو ابي الجد وذلك لقوله عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت الفرايض فلاولي عصبة ذكر وروي فلاقرب عصبة ذكر ولا خلاف في اعتبار القرب على هذا الترتيب الا في الجد على ما بيناه قال واذا استوي بنو اب في الدرجة فاولاهم من كان لاب وام وذلك لان الانتساب الي الابوين يوجب التقديم الدليل عليه الاخوات من الاب والام والاخوات من الاب اذا اجتمعن قال والابن وابن الابن والاخوة يقاسمون اخواتهم للذكر مثل حظ الانثيين وذلك لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وقد بينا ان اسم الولد يتناول ولد الصلب وولد الابن فتناولت الاية الجميع ولقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونسا فللذكر مثل حظ الانثيين واسم الاخوة يتناول من كان لاب وام ومن كان لاب قال ومن عداهم من العصبات ينفردون بالميراث ذكورهم دون اخواتهم وذلك لان القران لم يبين حالهم في ذلك وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال ما ابقت الفرايض فلاولي عصبة ذكر وقد قال ان الاخوات من الاب والام ومن الاب مع البنات وبنات الابن عصبة وهو على قول عمر وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم وقال عبد الله بن عباس لا حظ للاخت من الميراث مع البنت وبه قال ابن الزبير وجه قول الاول حديث شرحبيل عن عبد الله بن مسعود ان النبي عليه السلام قضى في بنت وبنت ابن واخت لاب وام ان للبنت النصف ولابنة الابن السدس وما بقي فللاخت فاعطاها ما بقي من المال بعد السهام وجعلها عصبة

مع البنات فاما ابن عباس روي انه قيل له ان عليا وعبد الله وزيدا كانوا يجعلون الاخوات عصبة مع البنات فقال انتم اعلم ام الله قال الله تعالى ان امرو هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك وانتم تجعلون لها مع الولد النصف الجواب ان الله تعالى نص على سهمها عند عدم الولد ولم ينف ميراثها مع وجود الولد بل الامر فيه موقوف على الدليل قال واذا لم يكن عصبة من النسب فالعصبة للمولى المعتق ثم لاقرب عصبة المولى وذلك لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب يتعلق به الميراث فالظاهر تعلقه بالولاء ولما روي ان رجلا جا الي النبي عليه السلام ومعه غلام فقال عليه السلام من هذا فقال عبدي رايته في السوق فاشتريته واعتقته فقال عليه السلام هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا فانت عصبته ولا خلاف بين الامة في ذلك فان لم يكن المولى فلاقرب عصبته لان الميراث ينتقل الي العصبات الاقرب فالاقرب كعصبات النسب قال ولا ترث المراة بالولاء الا ما اعتقت لان النبي عليه السلام اعطى بنت معتق بنت حمزة النصف وجعل النصف لبنت حمزة وقال عليه السلام المراة تحوز ثلثة مواريث عتيقها ولقيطها والولد الذي لاعنت به قال وتحجب الام من الثلث الي السدس باخوين وقد بينا ذلك والاخوة والاخوات من الاب يسقطون بالاخ من الاب والام وذلك لان ولد الاب يقومون مقام الولد الاب والام كما يقوم ولد الابن مقام ولد الصلب ومعلوم ان ولد الابن يسقطون مع الابن كذلك ولد الاب يسقطون مع الاخ من الاب والام

قال

قال والفاضل عن فرض البنات لبني الابن واخواتهم للذكر مثل حظ الانثيين والفاضل عن فرض الاخوات للاب والام للاخوة وللاخوات من الاب للذكر مثل حظ الانثيين وقد بينا جميع ذلك قال واذا ترك بنتا وبنات ابن وبني ابن فللبنت النصف والباقي لبني الابن واخواتهم للذكر مثل حظ الانثيين وكان ابن مسعود يجعل لبنات الابن والاخوات من الاب الاضر بهن من المقاسمة والسدس دليلنا ان ولد الابن لو انفردوا اقتسموا المال للذكر مثل حظ الانثيين كذلك اذا كان معهم ذو سهم اصله اذا كان معهن دون البنت وكذلك ولد الاب يقتسمون اذا انفردوا كذلك مع ذو سهم وجه ما قال ابن مسعود انه قد ثبت ان بنات الابن لو انفردن مع الابنة لم يكن لهن اكثر من السدس كذلك معهن من هو عصبة كما لو كان معهن ابن عم وكذلك الاخوات من الاب لو انفردن مع الاخت من الاب لم يكن لهن غير السدس الجواب ان بنات الابن والاخوات من الاب تارة بالفرض وتارة بالتعصيب فاذا ورثوا بالفرض لم يجز ان يزادوا على فرض البنات وعلى فرض الاخوات فاذا ورثوا بالتعصيب قاسموا اخواتهم على كل واحد حال كما لو انفردن وكان معهن ذو سهم اخر فاما اذا كان معهن ابن عم فلا يرثن بالتعصيب واذا كان معهن ابن ابن او اخ من الاب لانهن يرثن بالتعصيب فافترقا لهذا المعني قال ومن ترك ابني عم احدهما اخ لام فللاخ للام السدس والباقي بينهما وهو قول علي وزيد وقال ابن مسعود المال كله للاخ من الام وجه قول الاول ان الاخ من الام له فرض بكونه اخا وقد شارك ابن عم في كونه ابن عم فوجب ان ينفرد بالفرض ويشارك في التعصيب اصله ابني عم احدهما زوج وجه قول ابن مسعود

ايضا فاشتركا في كونهما ابني عم وانفرد احدهما بقرابة الام فصار كابني عم احدهما لاب وام والاخر لاب قال ❁ والمشركة ان تترك المراة زوجا واما وجدة واخوة من الام واخا لاب وام فللزوج النصف وللام السدس ولولد الام الثلث ولا شي للاخوة من الاب والام وهذا الذي ذكره قول علي وعبد الله بن عباس وابي بن كعب وابا موسى الاشعري وقال عمر وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت للزوج النصف وللام السدس والثلث لولد الام يشركهم فيه ولد الاب والام فيكون بينهم بالسوية وبه قال الشافعي لنا قوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة الاية فجعل الله تعالى جميع الثلث للاخوة للام فلا يجوز ان ينقصوا منه وقال النبي عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت الفرايض فلاولى عصبة ذكر ولم يبق شي ولانه ينتسب الى الابوين فلا يتشاركه من ينتسب الى احدهما كالاخ من الاب والام والاخت من الاب ولانها جهة واحدة في القرابة فلا يتبعض حتى يرث بعضها لحال الانفراد بين ذلك ان الاخ من الاب والام لو كان معه اخوة اخوة لم يشاركهم في الثلث ويأخذ الباقي بالتعصيب كذلك في مسئلتنا ولا يلزم ابن العم اذا كان اخا لام انهما جهتان مختلفان فان قيل تساويا الى الام فانفراد احدهما بمزيه وهي انتسابه الى الاب فكل شخص تساوا واخيره في القرابه وانفرد بفضل مزيه تامان سقط كالاخ من الاب والام والاخ من الاب واما ان يأخذ به زيادة كالاب الذي يساوي الام في الولادة وينفرد بالتعصيب قيل له ليس يمتنع ان يتساووا في الانتساب الى الام ثم يسقط ولد الاب والام كما يستحق ولد الام تورثا ولا يساويهم في استحقاقه ولد الاب والام بيان ذلك اذا كان في الفريضه زوج وام واخ لام وعشرة

اخوة

اخوة لاب وام قال ❁ والفاضل عن فرض ذوي السهام اذا لم يكن عصبة مردود عليهم بقدر سهامهم الا على الزوجين وقال الشافعي الفاضل عن السهام لبيت المال دليلنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال تحوز المراة ثلث مواريث عتيقها ولقيطها والولد الذي لوعنت به ولا تستحق جميع ميراث ولد الملاعنه الا بالرد ولان البنت تنتسب الى الميت بالولادة فجاز ان تستحق جميع الميراث والقرابة كالابن ولان الاخت والبنت تارة تكون عصبة وتارة ذات سهم فجاز ان تستحق بقرابتها جميع المال كالاب فان قيل قال الله تعالى وله اخت فلها نصف ما ترك فمن قال تستحق الجميع فقد زاد في الحكم قيل انه بين ما تستحقه بكونها اختا وهي لا تستحق بالاخوة وهي اكثر من النصف وانما تستحق الزيادة بالقرابة وذلك معنى غير الاخوة الا ترى ان القرابة تتنوع فتارة يكون بنوه وتارة ابوه وتارة اخوه والقرابة في الكل معنى واحد فان قيل ينتمي الى الميت بسبب واحد فلا يرث بجهتين كالعصبات قيل له يبطل بالاب مع البنت فان قالوا الاب رحم وتعصيب قلنا الميت رحم وولادة فاما الزوج والزوجة فلا يرد عليهما لان الرد انما يكون بالرحم ولا قرابة لهما فلم يوجد فيهما سبب الاستحقاق قال ❁ ولا يرث القاتل من المقتول وقد دللنا فيما تقدم على القتل يمنع من الميراث في الجملة ونحن الان نبين ذلك على التفصيل اما قتل العمد فيحرم الميراث بالاجماع وروي ذلك عن علي وعمر وابن عباس لما روي قتادة ان عرفجة حذف ابنه بالسيف فاصاب رجليه فقتله فغرم فيه عمر الدية مغلظة واخرجه من الميراث وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف ولان حرمان الميراث وضع للزجر كما وضع للقصاص فوجب

اعتبار ما يوثر في الزجر وهو المنع من الميراث وقتل الخطا ايضا يحرم الميراث كذلك روي عن ابن عباس قال النبي عليه السلام ليس لقاتل شي ولانه متهم لجواز ان يظهر الخطا وهو متعمد في الباطن فمنع الميراث والحكم يتعلق بغلبة الظن وقال مالك انه لا يرث من الدية ويرث من غيرها وهذا لا يصح لقوله عليه السلام ليس لقاتل شي ولان من لا يورث من القريب من غيرها كقاتل العمد وجه قول مالك ان تحريم الميراث على وجه العقوبة والمخطي لا يعاقب على خطايه وانما لا يرث من الدية لانها ماخوذة منه على وجه الكلفة عنه فلا يرث منها ❁ واما الصبي والمجنون فلا يحرمان الميراث لانه يثبت على وجه العقوبة وليسا من اهل العقوبة وقال الشافعي قتل الصبي والمجنون يحرم الميراث وهذا لا يصح لانه حكم يتعلق بقتل العمد فلا يتعلق بقتل الصبي كالقود والماثم فان قيل قال النبي عليه السلام لا ميراث لقاتل قيل له هذا زجر عن القتل والصبي والمجنون لا يتناولهما الزجر فان قيل قتل مضمون فتعلق به حرمان الميراث كقتل البالغ العاقل قيل له هذا لا يصح لان افعال الصبي يجوز ان توجب عليه الضمان ولا يجوز ان يسقط حقوقه بفعله كما لو اعتق او ابرا واما القتل بحق فلا يحرم الميراث وقال بعض اصحاب الشافعي حرمان الميراث يتعلق بكل قتل في جميع الاحوال فاذا قتله قصاصا او على وجه الدفع عن نفسه او قتل الامام موروثه لانه اقر عنده بقصاص او قتله في قطع الطريق لم يرثه ومنهم من قال كل قتل فيه تهمة لاستعجال الميراث يحرم ذلك كقتل الحاكم اذا قتل بالردة او بالزنا لنا انه قتل لا يتعلق به حكم من احكام القتل من القصاص والكفارة والماثم فلا يتعلق به حرمان الميراث

ايضا

ايضا ولان حرمان الميراث يثبت على وجه الزجر وهذا القتل لا يزجر عنه فان قيل قال النبي عليه السلام لا شي لقاتل قيل له هذا زجر عن القتل فيختص بالقتل الممنوع منه فاما القتل الواجب فلا يسقط حق القاتل ❁ واما حافر البير وواضع الحجر فانه لا يحرم الميراث وقال الشافعي يحرم لنا انه لم يوقع فعلا في المقتول ولا فيما اتصل به فصار كالاجنبي فان قيل فعل يتعلق به ضمان النفس فوجب ان يتعلق به حرمان الميراث اصله المباشرة قيل له ضمان النفس يتعلق بما لا يتعلق به حرمان الميراث كالنصراني ❁ واما العادل اذا قتل الباغي فانه لا يحرم الميراث في قولهم لانه قتل بحق فصار كالقتل بالقصاص ❁ واما الباغي اذا قتل العادل وقال كنت على حق في دار الحرب حين قتلته وانا الان على حق في اخذ ميراثه ورث وان قال قتلته وانا على باطل لم يرث وعن ابي يوسف انه لا يرث في الوجهين وجه قولهما ان القاتل ان يرث الباغي في جميع الاحوال لان حكم هذا القتل قد سقط لاختلاف الدار وصار في حكم ما ليس بقتل الا ترى انه لا يتعلق به قود ولا كفارة واذا خرج الفعل ان يكون في حكم القتل لم يتعلق به احكامه والاستحسان انه اذا اقر انه على الباطل ان لا يرث لانه اقر بقتل هو معصية وذلك يتعلق حرمان الميراث واقرار الانسان قد يقبل على نفسه وان لم يقبل على غيره وجه قول ابي يوسف انه قتل وقع من باغ فاوجب تحريم الميراث كما لو اعترف انه قتله وهو على غيره قال ❁ والكفر كله ملة واحد يتوارثون به اهله وهذا قول اصحابنا وقول الثوري والشافعي والدليل على ذلك قوله عليه السلام لا يتوارث اهل ملتين لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم فجعل الكفر كله ملة واحدة وعن النبي عليه السلام انه قال الكفر حجرة وباقي الناس حجرة ولان

اهل الكفر فقد اجتمعوا على باطل وهو جحدهم ان النبي عليه السلام فكان هلاكا ذلك جامعا لهم
في حكم الدين وان اختلف اعتقاداتهم كما ان المسلمين لما اجتمعوا على تصديق النبي
عليه السلام كانوا اهل ملة واحدة وان اختلفت اعتقاداتهم ولان اختلاف الاعتقاد موجود
في كل صنف من الكفار ولا يوجب كونهم اهل ملل كاليعقوبية والملكية والنسطورية
من النصارى واذا ثبت ان الكفر ملة واحدة توارثوا كالمسلمين واختلفوا فيمن
لا يرث من الكفار والعبيد والقاتلين هل يحجبون ام لا فقال علي وزيد لا يحجبون وبه
قال ابو حنيفة واصحابه واكثر الفقهاء وقال عبد الله بن مسعود يحجبون ولا
يسقطون والوجه للقول الاول انهم ليسوا من اهل الميراث على ما دللنا عليه
ومن ليس من اهل الميراث لا يحجب اصله الاجانب ولان من لا يؤثر في الاسقاط لا يؤثر
في الحجب عن بعض الفرض كالاجنبي فان قيل الاخوة مع الابوين لا يرثون ويحجبون
كذلك هؤلاء يحجبون ولا يرثون قيل له الاخوة مع الام من اهل الميراث وانما يسقطهم
الاب فقوة الاب يؤثر في اسقاطهم ويبقى حالهم مع الام كحال عدم الاب وليس كذلك
حال العبد والكافر فانه ليس من اهل الميراث بحال فهو كالاجنبي قال ولا يرث
المسلم الكافر لقوله عليه السلام لا يرث المسلم الكافر وقال عليه السلام لا يتوارث اهل ملتين وهذا
قول عامة الصحابة والفقهاء وقال معاوية يرث المسلم من اليهودي والامة على خلاف
ذلك قال ومال المرتد لورثته من المسلمين وما اكتسبه في حال ردته في
وقد بينا ذلك في السير قال واذا غرق جماعة او سقط عليهم حائط
لا يعلم من مات منهم اولا فمال كل واحد منهما للاحياء من ورثته وهو قول ابي بكر
وزيد بن ثابت واكثر الفقهاء وعن علي وعمر وعبد الله رضي الله عنهم انهم ورثوا بعضهم

من

من بعض من تلاد اموالهم ولم يورثوا بعضهم من بعض مما ورثه من صاحبه ووجه
القول الاول ان كل امرين حادثين لا يعلم تاريخ ما بينهما يجعل كانهما وقعا معا والذي
يدل على صحة هذا الاصل ان الصحابة لم يفرقوا بين اهل الردة وبين تبايعهم لما لم يعلم
تاريخ ما بين ردتهم وحكموا بوقوع ذلك منهم معا واذا ثبت هذا قلنا لو مات معا لم يرث
احدهما من الاخر كذلك ما اجري مجراه لان الميراث لا يثبت بالشك الدليل عليه
السقط انه لا يورث لما لم يعلم حيوته وجه قول الثاني ان الاحوال معتبرة في اصول
الشريعة حال الاشتباه بالاتفاق فاذا احتمل ان موت كل واحد منهما قبل صاحبه
وجب اعتبار الاحوال ولانه يتعذر ان يكون موتهم في حالة واحدة فكان اعتباره
الاحوال الجواب ان الاحوال لا يجوز اعتبارها مع وجود ما بينا فيها وقد وجد الموت
المنافي لاستحقاق الميراث فلم يصح اعتبارها وجه قول من ورثه من تلاد ماله خاصة
انما ورثه عن صاحبه انما انتقل اليه على اعتبار الاحوال مع جواز كونه ميتا وهذا
المعنى ينفي نقله الى غيره قال واذا اجتمع في المجوسي قرابتان لو تفرقا في
شخصين ورث احدهما مع الاخر ورث بهما وهو قول علي وعمر وعبد الله بن مسعود وبه
قال النخعي وابن ابي ليلى وغيرهم وعن زيد انه ورثهم باكثر قراباتهم وبه قال مالك
والشافعي لنا قوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد الاية ولم يفصل بين اخت وهي ام
او اخت هي جدة ولانه اجتمع فيه معنيان لو تفرقا في شخصين ورث كل واحد
منهما مع الاخر فورث بهما كابني عم احدهما اخ لام وابن عم هو زوج ولان الاخت يرث
النصف اذا لم يكن ام ولا جدة فاذا ازادت قرابة بجهة الام اولى ان لا ينقص من حقها
فان قيل سببان يورث كل واحد منهما من جنس ما يورث به الاخر فوجب ان لا يورث

الا باحدهما اصله ابن العم اذا كان مولى قيل له لا يتصور ان يجتمع لشخص واحد
تعصيبان متساويان وانما يجتمع له من وجهين احدهما يقوم على الاخر فلذلك لم يورث
بهما تبين ذلك انهما لو كانا في شخصين ورث ابن عم دون المولى كذلك اذا اجتمعا
في شخص واحد وزان ذلك في مسئلتنا ان تترك بنتا وهي اخت لام لم يرث الاخت
من الام مع البنت لم يورث بالسببين اذا اجتمعا لها وفي مسئلتنا لو تفرقت القرابتان
في شخصين ورثا معا كذلك اذا اجتمعا في شخص واحد قال ولا يرث
بالانكحة الفاسدة التي يستحلونها في دينهم وذلك لانه عقد فاسد بدليل انهم لو
ترافعوا الينا لم نقرهم عليه والنكاح الفاسد لا يثبت التوارث فان قيل تركهم
اعتراضهم يدل على صحته قيل له هذا لا يصح لانه لو كان صحيحا لجاز لنا فسخه
اذا ترافعوا الينا كساير العقود الصحيحة قال وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة
مولى امها وقد روي ذلك عن علي وعن زيد وعن عبد الله بن مسعود
انهما جعلا امه عصبة وروي انهما جعلا عصبته عصبة امه وجه القول
الاول ان الام ليست بعصبة في حق غير ابن الملاعنة فكذلك في حقه كساير
ذوي الارحام فان قيل نسب ابن الملاعنة قد انقطع عن ابيه وانتقل الى امه
فصارت كالقبيلة له الا ترى انه يعقل عنه قبيلتها فاذا كان الاب عصبة في نفسه
الام لما قامت مقامه في ساير الاحكام واما من قال عصبته عصبة امه فلا يصح
لان الام اذا لم يكن عصبة مع قوتها فمن ينتسب اليه بالام اولى ولانهم يدلون
اليه بسهم فلا يكون لهم تعصيب كالجدات وجه قولهما ان انتساب ولد
الملاعنة الى امه كانتساب غيره الى ابيه فاذا كانت عصبة الاب عصبته

كذلك

كذلك عصبة الام قال ومن ترك حملا وقف ماله حتى تضع امراته في قول ابي حنيفة
فان طالب الورثة حقوقهم دفع الى كل واحد المتيقن عند ابي حنيفة وروي ابن المبارك عنه
انه يوقف نصيب اربعة وقال ابو يوسف يوقف نصيب غلام وقال محمد نصيب اثنين
وقال الشافعي من كان عصبة لا يدفع اليه شيء وجه قول ابي حنيفة ان ما زاد على اربعة
غير معتاد فصار كالمستحيل فسقط حكمه والاربعة غاية ما تلده المراة فوقف
نصيبهم احتياطا ولان الميراث يستحق بسهم وتعصيب فاذا لم يمنع الحمل دفع
ما يستحقه ذوو السهم كذلك ما يستحقه العصبة وجه قول ابي يوسف ان
العادة في الولادة واحد فوقف اعتبار ذلك وترك ما سواه وجه قول محمد وهو
رواية عن ابي يوسف ان المراة في العادة تلد اثنين وما زاد على ذلك فهو نادر فوجب
ان يوقف نصيب المعتاد ويكون اعتبارا للاحتياط اولى والشافعي بنا على اصله
بجواز ان تلد اكثر من اربعة فاذا لم يعلم ذلك لم يتيقن ما يستحقه الابن الموجود
قال والجد اولى بالميراث من الاخوة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
يقاسمهم الا ان تنقصه المقاسمة من الثلث وبه قال الشافعي وجه قول
ابي حنيفة قوله عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت فلاولى عصبة ذكر
وقد اجمعوا ان الاخ ليس باولى من الجد فاما ان يساويه او يكون الجد اولى ولا
يجوز ان يساويه لانه ينفرد بنصيب اذا كثر الاخوة وهذا وفي من نصيب احدهم
ويرث مع الاولاد وهم يسقط ولد الام اذا ثبت انه اولى كان الفاضل
له ولان تعصيب الجد مستفاد بالولد فلا يرث معه الاخ كالاب ولانه ذكر
يقدم الجد على ابيه فوجب ان تقدم عليهم اصله ابن العم فان قيل كل من عصب اخته

فان الجد لاهو يسقطه كابن الابن وعكسه العم قيل له تعصيب ابن الابن لقوتها لا لقوته

لانها ورثت بمعنى لا يورث به وهو الفرض وشاركه في الوجه فلحقت به والكلام

في قوته نفسه ولان الجد لما لم يسقط الابن لم يسقط ولده ولما اسقط ولد الاخ

دل على انه يسقطه كما قلنا في العم قال ش واذا اجتمع الجدات فالسدس لاقر

بهن وهو قول علي رضي الله عنه وقال الشافعي ان كانت القربى من قبل الام فهي اولى وان كانت من قبل

الاب فشاركتها البعدى من جهة الام لنا انها اشتركتا في سهم واحد فالقربى اولى

به من البعدى كما لو كانت القربى من جهة الام ولان ام الاب اقوى من ام الام لانها تدلي

بعصبة وبرث الميت ويرث منها فاذا لم تحجب ام الام ام الاب اذا بعدت فلان

تحجب ام الاب ام الام اذا بعدت اولى فان قيل الحجب لا يجب تحجب حجب اسقاط فيمن

يدلي به لا تحجب حجب اسقاط اصله الاب لما لم تحجب الام لم تحجب الجد الذي يدلي به

قيل له مثل هذا الا يمتنع كما ان الاب لا يسقط بعض فرض الجدة وامه تزاحمها

ويسقط حقها عن بعض الفرض والاخوة تحجبون الام وابوهم لا تحجبها فان

قيل نحن قلنا حجب اسقاط وهذا حجب عن بعض الفرض قيل له من تحجب عن بعض

الفرض قد ثبت له ما لم يثبت لمن يدلي به في المزاحمة وكذلك من حجب عن جميعه

تجوز ان يثبت له ما لم يثبت لمن يدلي به قال ش وتحجب الجد امه

قول علي وزيد وعثمان وعن عمر وابن مسعود انه لا تحجبها وجه قول

الاول انها تدلي بالاب ومن ادلى بعصبة لا يرث مع وجوده كابن الابن وجه

القول الثاني ان الجدة عصبة والجدة ذات سهم والعصبة لا يسقط

ذا سهم لا يصير عصبة بحال قال ش ولا يرث ام اب الام لانها تدلي

بأب الام وهو من ذوي الارحام فضعف حالها ولم يرث بالسهم كسائر من يدلي

بذوي الارحام قال ش وكل جدة تحجب امها لانها تدلي بها فلا ترث معها لبنتها

مثله ام الام مع الام قال ش واذا لم يكن للميت عصبة ولا ذو سهم ورثه ذوي

ارحامه وهم عشرة ولد البنت وولد الاخت وبنت الاخ وبنت العم

والخال والخالة واب الام والعم من الام والعمة وولد الاخ من

الام ومن ادلى بهم وهو قول عامة الصحابة والفقهاء وقال زيد بن ثابت هو

لبيت المال وبه قال الشافعي لنا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض

في كتاب الله والمراد به اولى في الميراث بدليل ان هذه الاية نزلت في المواريث ونسخ

بها التوارث بالولاء والهجرة وصار كانه تعالى قال واولوا الارحام بعضهم اولى

بميراث بعض وقال الا ان تفعلوا الى اوليائكم معروفا اي توصوا اليهم بوصية وهذا يدل

انهم اولى بالمال وذكر الدارقطني حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال الخال

وارث ولان ولد البنت واب الام ينتسبون الى الميت بالولاد فورثوا كولد الابن

واب الاب ولانهم يعتقون عليه بالقرابة فجاز ان يستحقوا الميراث كولد الابن ولانها

قرابة يتعلق بها تحريم المناكحة فتعلق بها الارث كبنات الابن فان قيل روي ابو

هريرة ان النبي عليه السلام سئل عن ميراث العمة والخالة فقال لا ادري حتى يأتي جبريل

ثم قال اين السائل فاتوا الرجل فقال عليه السلام سارني جبريل لا شيء لهما قال ش وروى الشافعي

ان النبي عليه السلام كان يخرج الى قباء على حمار يستخبر في العمة والخالة فانزل الله تعالى

ان لا ميراث لهما قيل له هذه اخبار لا اصل لها ولا يعرف في كتاب ومع ذلك فهي من

حمله مطعون في راويها والحجة لا يقرب بمثلها ويحتمل ان لا شيء مقدر لهما من

ذوي سهم او عصبة

فان قيل كل انثى تساوت اخاها في القرابة فانها اذا لم يشاركه في الميراث لم يكن وارثا

اصله بنت المولى وعكسه البنت والاخت قيل له الفرق بينهما ان ولد المعتق يرثون

بتعصيب المعتق لا بقرابته وبنت المعتق لا تعصيب لها فاما بنت الاخ والعمة

ولا استحقت بانفرادها وليس كذلك قرابات الميت لانهم يرثون بالرحم فاذا

اجتمع الذكر والانثى وتساويا في القوة تشاركا كالبنت والابن وليس كذلك ان

الابن عصبة والبنت ذات سهم ولكل واحد منهما ضرب من القوة ليس للاخر

لان السهام اذا استغرقت الفريضة سقطت العصبة واذا انفرد العصبة

اخذ جميع فاذا تساويا تشاركا وليس كذلك العم والعمة لانهما قد تساويا

في الدرجة وفي القرابة انفرد العم بمنزلة التعصيب فلم تساوه العمة فلذلك

لم تشاركه فاذا انفردت لم يوجد من تقوم عليها فورثت فصارت كذلك بمنزلة الا

خت من الاب مع الاخ من الاب والام لانها لا ترث معه لما لم يساوه فاذا

انفردت ورثت قال ش واولاهم من كان من ولد الميت ثم ولد الابوين او

احدهما وهم بنات الاخوة وولد الاخوات ثم ولد ابويه او احدهما وهم الاخوال

والخالات والعمات والعم من الام وهذا الذي ذكره هو مذهب اصحابنا انهم

يورثون الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات وقال الكثير ممن ورث ذوي

الارحام انهم يورثون بالتنزيل فينزلون كل واحد من ذوي الارحام بمنزلة من

يدلي به ثم يجعلون لكل واحد منهم نصيب من يدلي به ومثال ذلك بنت بنت

وبنت اخت على قول اصحابنا المال كله لبنت البنت لانها من ولد الميت و

على قول المنزلين لبنت البنت النصف والباقي لبنت الاخت فكانه ترك بنتا

واختا ومثال اخر بنت اخت وخال على قولنا المال كله لبنت الاخت لانها من

ولد الاب الابعد وعلى قول المنزلين المال بينهم على خمسة لبنت الاخت ثلثة

اسهم وللخال سهمان وكانه خلف اختا واما والدليل على ما قلناه ان ذوي

الارحام يرثون بجهة واحدة وهي الرحم وليس لهم سهم مقدر فوجب ان

يعتبر الاقرب فالاقرب اصله العصبات فان قيل ذوي الارحام يرثون بادلائهم

بالغير الى الميت فوجب اعتبار من يدلون به لو كان حيا فيقوم كل واحد منهم مقام

من يدلي به قيل له هذا اعتبار فاسد لانه يقتضي توريث من ميت ثم توريث الحي

منه وهذا معنى لم يدل عليه دليل ولا قال به احد قال ش واذا استووا واولاد

اب في درجة فاولاهم من ادلى بوارث واقربهم اولى من ابعدهم والاصل في ذلك عند

اصحابنا ان لا يدل بوارث وهناك يتوارث اقرب منهم فان كانوا من اب واحد فاقربهم

اولى بالميراث من ابعدهم كما نقول في العصبات وذلك مثل بنت بنت بنت وبنت بنت

المال لبنت البنت وان تساويا في القرب فالمال بينهم فان كان احدهم اسبق الى الوا

رث فهو اولى وذلك مثل بنت بنت بنت وبنت بنت ابن المال لبنت بنت الابن

فالمسبق الى الوارث وانما كان كذلك لانهم تساووا في القرب ومع احدهم مزية

الادلاء بالميراث فاوجب ذلك تقديمه كما نقول في اخ من اب وام واخ من اب

لان الاخ من الاب والام اولى لانهما قد تساويا في القرب ومع احدهما مزية

وهي ادلاءه بالام كذلك هذا قال ش واب الام اولى من ولد الاخ والاخت

وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ولد الاخ والاخت اولى

وجه قول ابي حنيفة ان اب الام يدلي باحد الابوين فكان اولى من اولاد الاخ اصله

وجه قولهما ان اولاد الاخوة من ولد الصلب والجد من قبل الام خارج عن الصلب فكان ولد
الاخ اولى والاصل الذي يعتبره ابو حنيفة في هذا هو ان الاجداد والجدات من ذوي
الارحام مقدمون على سائر ذوي الارحام واختلفت الرواية في ابي الام وبنت بنت
وروى ابو سليمان عن محمد عنه ان ابا الام اولى وروى ابو يوسف والحسن عنه ان
ولد البنات اولى وهو المشهور وجه رواية الاولى ان ابا الام يدلي باحد الابوين
فصار كابي الاب وجه رواية اخرى ان البنت لها فرض وتعصيب وكان من يدلي بالبنت
اولى واقوى ولان الجد الذي هو عصبة لا يسقط ولد الولد اذا كان عصبة كذلك
الجد الذي لا تعصيب له لا يسقط اولاد الاولاد الذين لا تعصيب لهم والاصل الذي
يعتبره ابو حنيفة ومحمد في هذا ان كل جد او جدة من ذوي الارحام فهو اولى من ولده
وممن هو في درجة ولده مثل ابي الام وخال وعمة فاب الام اولى لان الخال من ولده
والعمة في درجة ولده فاما ولد الجد او الجدة الابعد فهو اولى من الجد والجد الابعد
مثل ابي الام وولد الاخت فولد الاخت عندهما اولى من اب الام لانهم من ولد الاب الابعد
مثل خال واب ابي ام الخال اولى من هؤلاء من ولد الاب الابعد **فصل**
روى محمد عن ابي حنيفة في ثلث بنات اخوات متفرقات ان المال بينهن على خمسة وهو
قول محمد وقول ابي يوسف الاول ثم رجع ابو يوسف فقال المال لبنت الاخت من الاب والام
وهو رواية بشر عن ابي حنيفة وجه الرواية الاولى ان اولاد الاخوات ليست لهم حالة
في انفسهم بدليل انه لا يسهم لهم ولا تعصيب وانما يعتبر حالهم بغيرهم وقد كان
المال بين الامهات على خمسة فكذلك هو بين الاولاد وجه الرواية الاولى انهم قد
تساووا في القرب فكان من يدلي بجهتين اولى وعلى هذا قال ابو يوسف في

من بني اخوات متفرقات ان المال لابن الاخت من الاب والام على اصله في اعتبار قوة الادلى
بانفسهم دون [illegible] الامهات وقال محمد لبني الاخت من الام الثلث ولبني الاخت
من الاب والام الثلثان على اصله الا ان له اصل اخر وهو روايه تجعل من يدلي باخت
اخوات ومن يدلي باخ اخوة فصار كانه خلف في هذه المسألة ست اخوات متفرقات
واما اذا ترك ثلث عمات متفرقات فالمال للعمة من الاب والام لا خلاف بينهم في
ذلك وكذلك الاخوال والخالات المتفرقات تقدم من كان لاب وام ثم من كان لاب ثم من كان
لام على ما قاله ابو يوسف في ولد الاخوة والاخوات وقال ابو يوسف لو ترك ثلث بنات
اخوة متفرقين كان المال لبنت الاخ من الاب والام على اصله في اعتبار قوة القرابة و
عند محمد لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الاب والام على اصله ان قوة
الانساب يعتبر بمن يدلي به ولو كانوا الاخوة موجودين كان للاخ من الام السدس
والباقي للاخ من الاب والام كذلك ولدهم واذا ترك عمة لاب وام وخالة لاب او لام
فروى ابو سليمان عن محمد ان المال بينهما على ثلثة للعمة سهمان وللخالة سهم وهو
الصحيح عن ابي يوسف وروى ابن سماعة عن ابي يوسف اذا كانت احداهما من اب
وام فهي اولى وجه قول محمد ان الخالة تدلي بالام والعمة تدلي بالاب واذا كان كل واحد
منهما يدلي بالابوين من غير اشتراك وكل واحد منهما محجوج على توريثه وقد كان كل واحد
منهما مع الاخر كالام والاب وجه قول ابي يوسف ان العمات اذا اجتمعن اعتبر
الاقوى فالاقوى منهن وكذلك الخالات اذا اجتمعن فاذا اجتمع الخالات والعمات
وجب ان يعتبر الاقوى وقال ابو يوسف اذا ترك بنت اخ لاب وام وابن اخت
لاب وام فالمال بينهما على ثلثة ولا يعتبر بابيهم وانما الاعتبار عنده بهم في ا
نفسهم

وقال محمد الاعتبار باصولهم فيكون لبنت الاخ الثلثان ولابن الاخت الثلث وجه
قول ابي يوسف ان ما كان يستحقه اصولهم كان متعلقا بسبب لا يوجد في حق الولد
وهو التعصيب فيسقط اعتبار ذلك وجب اعتبارهم في انفسهم فيفضل الذكر
على الانثى ولانهم اتفقوا على اعتبار التفضيل واختلفوا في المعنى الذي يتعلق به
المفضل فكان اعتبار صفة المستحق بين اولى من اعتبار صفات من لاحق له في الا
ستحقاق وجه قول محمد ان [illegible] ذوي الارحام معتبر بالاصول ولهذا تقدم ولد الصلب
واذا كان كذلك وجب اعتبار قدر ما كان يستحقه الاصل وعلى هذا الاصل اذا ترك
ابن ابن خالة وابن بنت خالة فالمال بينهما نصفان على قول ابي يوسف لانه لا
يعتبر اصولهما وانما يعتبر حالهما بانفسهما وقد تساويا في الصفة وتساويا
في الاستحقاق وعند محمد لابن ابن الخالة الثلثان ولابن بنت الخالة الثلث على
اصله انه يعتبر من يدلي به كل واحد منهما واحدهما يدلي بذكر والاخر بانثى فتفا
ضلا على ذلك وعلى هذا الاصل ايضا اذا ترك ابنة ابن خال وابن ابنة خالة فالمال
بينهما للذكر مثل حظ الانثيين على اصل ابي يوسف المعتبر بهم في انفسهم دون
ما يدلون به وعلى قول محمد لبنت ابن الخال الثلثان ولابن بنت الخالة الثلث لان المعتبر
عنده باصولهما والخال والخالة في الاصل المال بينهما اثلاثا للخال الثلثان كذلك
يكون بين من ادلى بهما وعلى هذا ايضا اذا ترك ابن خال من ام معه اخته وخمس
بنات خالة من ام وبنت عم من ام وابنا عمة من ام قال ابو يوسف ثلث المال بين
ولد الخال والخالة من الام للذكر مثل حظ الانثيين الثلثان بين ولد العم والعمة
من الام للذكر مثل حظ الانثيين وقال محمد يقسم الثلث بين ولد الخال والخالة على تسعة
اسهم

فيجعل لولد الخال اربعة انصباء بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويجعل الثلثان بين
بنت العم وابني العمة على اربعة اسهم لبنت العم سهمان ولابني العمة سهمان واما
ابو يوسف فجعل من يدلي بالخال والخالة كالام ومن ادلى بالعم والعمة كالاب وقسم المال
بينهما اثلاثا ثم قسم حصة الام بين من يدلي بالخال والخالة على رؤسهم على اصله
واما محمد فاصله ان يعتبر الاولاد بالاصول فيقول الثلث بين ولد الخال والخالة
كالخالات على تسعة فيجعل ابن الخال كالخال [illegible] واولاد الخالة كالخالات واما نصيب
اولاد العم والعمة فيكون بينهم على اربعة لابنة العم سهمان لانها تدلي بالذكر
ولابني العمة سهمان لانهما يدليان بانثى والاصل الذي يعتبره محمد انه من يدلي
بذكر ذكرا وان كان في نفسه انثى ويجعل من يدلي بانثى انثى وان كان في نفسه ذكرا وان
كانوا اولاد اولاد قسم المال على البطن الاول وجعل من يدلي بذكر منه ذكرا ومن يدلي
بانثى انثى من البطن الاعلى ثم يعتبر البطن الثاني فيجعل من يدلي بذكر منه ذكرا ومن يدلي
بانثى انثى فان اتفقوا فيمن يدلون به واختلفوا في انفسهم قسم المال بينهم على انفسهم
للذكر مثل حظ الانثيين وهذا هو اشهر الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف
الاول ثم قال بعد ذلك يقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين اختلفوا فيمن يدلون
به اتفق اصحابنا ان جميع ذوي الارحام يكون المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين الا
في ولد الاخوة والاخوات من الام خاصة فانه يكون بينهم بالتسوية قال
المعتق احق بالفاضل عن سهام ذوي السهام اذا لم يكن عصبة سواء ترك وارثا
ذا رحم او لا قال ومولى الموالاة يرث وقال الشافعي لا يرث دليلنا قوله تعالى والذين
عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم فاوجب الله تعالى الميراث بالمعاقدة وذلك لا يكون الا بالموالاة

وفي حديث تميم الداري ان النبي عليه السلام قال هو احق الناس به
محياه ومماته ومعلوم انه لم يرد تعلق الحكم بمجرد الاسلام فبقي الا ان يكون المراد
به الاسلام والموالاة ولان مال الانسان اذا لم يتعلق به حق معين يجوز ان ينقل
الملك فيه الى من شا اصله حال الحيوة فان قيل روي عن النبي عليه السلام ان الله تعالى قد
اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث قيل له يحتمل انه اعطى كل ذي حق حقه
من المذكورين في الاية ويحتمل انه اعطى كل مستحق وقد علمنا انه لم يعط في الاية
كل مستحق لانه لم يذكر فيها مولى العتاقة ولا الجدة فعلم ان المراد به المذكورين
وخلافنا فيمن لم يذكر في الاية فان قيل كل سبب لا يورث به مع وجود النسب
حال لا يورث به مع عدمه كالوالسائر احدهما على يدي الاخر قيل له قد يورث عندنا
مع وجود النسب اذا كان النسب عبدا او قاتلا او كافرا ويبطل بمولى العتاقة
مع العصبة من النسب والمعنى اذا اسلم على يديه ولم يواله انه لم يلزمه نصرة خاصة
ولا التوم ذلك فلم يرثه بالولا وفي مسالتنا قد التزم نصرة خاصة فصار كمولى
العتاقة الذي لزمه بعتقه نصرة خاصة **قال** واذا ترك المعتق ابا مو
لاه وابن مولاه فماله للابن وقال ابو يوسف للاب السدس والباقي للابن وجه
قولهما ان الاب مع الابن من ذوي السهام فلا يرث بالولا كالام ولا يجوز ان يعتبر
تعصيب الاب بحال لان البنت يكون عصبة في حال ولا يرث مع الابن وجه قول
ابي يوسف ان كل واحد منهما عصبة على الانفراد فاذا اشتركا في الارث ورثا
بالولا اصله الاخوين **قال** ولو ترك جد مولاه واخا مولاه فالمال للجد
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف هو بينهما وهذا الخلاف فرع على الخلاف

في ميراث الجد فعند ابي حنيفة ان الجد هو العصبة ويسقط معه الاخ فلذلك
يكون احق بالولا وعند ابي يوسف ومحمد ان الجد والاخ مشتركان في الميراث فلذلك
يشتركان في ميراث الولا **قال** ولا يباع الولا ولا يوهب ومن الناس من قال
يجوز هبته وهذا الخبر لما روي في حديث ابن عمر ان النبي عليه السلام قال الولاء لحمة كلحمة
النسب لا يباع ولا يوهب ولانه سبب يورث به فلا يجوز هبته اصله النسب والنكاح
فان قيل روي ان اسماء اعتقت عبدا او وهبت الولا لابن عباس قيل له يحتمل انها
اعتقته عنه فقيل فقد وهبت له الولا ويجوز ان يكون معناه وهبت ما استحقت
من الارث بالولاء وقد اختلف الناس في الكلالة والصحيح انه اسم للميت نفسه
ويدل عليه ما روي عن ابي بكر انه قال الكلالة من لا ولد له ولا والد له وعن ابن عباس
مثل ذلك وعن عمر انه قال الكلالة من لا ولد له ولا والد خلا الطعن قال وابت في الكلالة
من لا ولد له ولا والد وقد قال ابو بكر لا ولد له ولا والد واني لاستحي من الله تعالى
ان اخالف ابا بكر هو ما عدا الوالد والولد وهذا كله يدل على ان الميت نفسه يسمى
كلالة لانهم وصفوه انه لا ولد له ولا ولد وقد سمي ايضا بعض الورثة كلالة بدليل
ما روي في حديث جابر بن عبد الله **قال** اتاني رسول الله يعودني وانا مريض فقلت
كيف الميراث وانما يرثني كلالة فنزلت اية الفرايض وروي ثلثة من بني سعد ان
سعدا مرض بمكة فقال يا رسول الله ليس لي وارث الا كلالة فاخبر ايضا ان
الكلالة هو الورثة وقد روي ان رجلا سال النبي عليه السلام عن الكلالة فقال من مات وليس
له ولد ولا والد فورثته الكلالة وروي ان النبي عليه السلام قال للسايل يكفيك اية الصيف
وهي قوله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة لانها نزلت في الصيف ورسول الله

حساب الفرايض

قال رحمه الله اذا كان في المسلة نصف ونصف او نصفا وما بقي فاصلها من اثنين واذا
كانت في المسالة ثلث وما بقي او ثلثين وما بقي فاصلها من ثلثه واذا كانت ربعا
وما بقي او ربعا او نصفا فاصلها من اربعة واذا كانت ثمنا وما بقي او ثمنا ونصفا
فاصلها من ثمانية واذا كانت نصفا وثلثا او سدسا فاصلها من ستة وتعول
الى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة واذا كان مع الربع ثلث او سدس فاصلها
من اثنا عشر وتعول الى ثلثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر واذا كان
مع الثمن ثلثان او سدس فاصلها من اربعة وعشرين وتعول الى سبعة و
عشرين وهذه الجملة لا خلاف فيها الا في العول وروي عن ابن عباس لا يجعل
الفرايض ويدخل النقص على من يصير عصبة في حال وجه القول الاول ان الله
تعالى جعل للزوج النصف وللاخت من الاب والام النصف وللاخوة من الام الثلث
ولم يفصل بين حال الاجتماع وحال الانفراد فوجب استعمال النص على حسب الا
مكان فاذا انفرد واو اتسع المال اخذ كل واحد جميع حقه فاذا اجتمعوا وجب
استعمال حكم الاية في التضارب فيضرب كل واحد في التركة بقدر حقه و
يكون اولى من ان يوفي بعضهم حقه ويسقط حق الباقين لتساويهم في التسمية
والذي يبين ذلك ويوكده قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين ومعلوم
ان اصحاب الوصايا يتضاربون في الثلث حال الاجتماع اذا اوصى لرجل بثلث ماله
ولاخر بسدس ماله ولا يقدم بعضهم على بعض وكذلك اصحاب الديون يتضا
ربون في جميع المال ولا يقدم بعضهم على بعض لتساويهم في التسمية كذلك
هذا

الابن يستحق جميع المال اذا انفرد والبنت يستحق النصف حال الانفراد واذا اجتمع
فاضرب كل واحد منهما بقدر حقه كذلك هذا وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال في ابنتين
وابوين وامراة صار ثمنها تسعا وهو قول عبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت
وقد روي ان ابن عباس قال اول من اعال الفرايض عمر بن الخطاب وايم الله فقد قدم
من قدم الله عز وجل ما عالت فريضة قط فقيل له راي ذلك قدم الله تعالى فقال كل فريضة
لم يزل الى فريضة اخرى فهي التي قدم فالزوج والمراة والام لا يزولون من فرض الى فرض
والبنات والاخوات يزلن من فرض الى فرض وهو التعصيب مع البنين والاخوة
فيكون لهن ما بقي كذلك ها هنا وجب ان يبدا باصحاب السهام ثم يدخل الضرر على
من يستحق ما بقي في حال فقيل لابن عباس هل راجعت فيه عمر فقال انه كان امرا
مهيبا ورعا وروي انه قال لو كلمت فيه عمر لرجع الجواب ان الله تعالى انما قدم
البعض على البعض حال التعصيب فاما في حال التسمية التي لا تعصيب فيها
فليس واحد منهم اولى بالتقدم من الاخر وقد روي ايضا عن ابن عباس انه قال ان
الذي احصى رمل عالج عددا ما جعل في مال قسمة نصفا ونصفا وثلثا فهذا
النصف وهذا النصف فاين موضع الثلث فقال له عطا يا ابن عباس ان هذا لا يغني عنك
شيا لو مت او مت قسم ميراثنا على ما عليه القول من خلاف رايك فقال ابن عباس
ان شاوا فليدعوا ابناءنا وابناءهم ونساءنا ونساءهم وانفسنا وانفسهم ثم نبتهل
فنجعل لعنة الله على الكاذبين ما جعل الله تعالى في مال نصفا ونصفا وثلثا وهذا الذي
ذكره انما يدل على ان كل واحد منهم لا يمكنه ان يستوفي جميع حقه في هذه الحال ولا يمنع
من التضارب ولا يدل على تقديم بعضهم على بعض **قال** فاذا انقسمت المسلة

على الورثة وقد صحت وان لم ينقسم سهام فريق عليهم فاضرب عددهم في اصل المسلة
وعولها ان كانت عايلة فما خرج صحت منه المسلة كامراة واخوين للمراة الربع
سهم وللاخوين ثلثة اسهم لا ينقسم عليهما فاضرب اثنين في اصل المسلة يكون
ثمانية ومنها تصح المسلة للمراة سهمان ولكل اخ ثلثة اسهم قال
فان وافق سهامهم عددهم وقف عددهم في اصل المسلة كامراة وستة اخوة
للمراة الربع وللاخوة ثلثة اسهم لا ينقسم على عددهم لكن يوافقه بالاثلاث فاضرب
ثلث عددهم وهو اثنان في اصل المسلة يكون ثمانية ومنها تصح المسلة للزوجة
سهمان ولكل اخ سهم قال فان لم ينقسم سهام فريقين او اكثر فاضرب
احد الفريقين في الاخر ثم ما اجتمع في الفريق الثالث ثم ما اجتمع في اصل المسلة وهذا
الذي ذكره مثل زوجتين وثلث جدات وخمسة اخوة للزوجتين الربع وللجدات
السدس والباقي للاخوة اصل المسلة من اثنا عشر للزوجتين ثلثة اسهم لا ينقسم
على اثنين ولا يوافق وللجدات سهمان لا ينقسمان على ثلثة الجدة ولا يوافق وللاخوة
سبعة اسهم لا ينقسم على الاخوة وهم خمسة ولا يوافق فتضرب عدد الزوجات
وهو اثنان في عدد الجدات يكون ستة ثم تضرب ذلك في عدد الاخوة وهم خمسة
يكون ثلثين ثم تضرب ذلك في اصل المسلة وهو اثنا عشر يكون ثلثماية وستين
ومنه تصح المسلة فاذا اردت القسمة فكل من كان له شي في اصل المسلة فاضربه
له فيما ضربته في المسلة كان للزوجتين ثلثة اسهم مضروبة في ثلثين يكون تسعين
سهما لكل زوجة خمسة واربعين سهما وللجدات سهمان مضروبة في ثلثين
يكون ستين لكل جدة عشرين سهما وللاخوة سبعة اسهم مضروبة في
ثلثين

ثلثه
يكون ماتين وعشرة اسهم لكل اخ اثنان واربعون سهما قال وان تساوت الاعداد
اجزا احدهم عن الاخر كامراتين واخوين اصل المسلة من اربعة للمراتين سهم
لا ينقسم على اثنين وللاخوين ثلثة اسهم لا ينقسم على اثنين وعدد الزوجات مثنا
وبالعدد الاخوين فيضرب احدها في اصل المسلة وهو اربعة يكون ثمانية ومنها
تصح المسلة للزوجتين سهمان وللاخوين ستة اسهم قال وان كان
العددين جزء واحد من الاخر اجزا الاكثر عن الاقل كاربعة نسوة واخوين اصل المسلة
من اربعة للزوجات سهم لا ينقسم على اربعة وللاخوين ثلثة اسهم لا ينقسم على اثنين
والاثنان جزء واحد من الاربعة فاضرب اربعة في اصل المسلة وهو اربعة يكون
يكون ستة عشر ومنها تصح للنسوة اربعة اسهم وللاخوين اثنا عشر سهما لكل
واحد ستة اسهم قال فان وافق احد العددين الاخر ضربت وفق احدهما
في جميع الاخر ثم ما اجتمع في اصل المسلة كاربعة نسوة واخت وستة
اعمام اصل المسلة من اربعة للنسوة سهم لا ينقسم عليهن وللاخت سهمان
وللاعمام سهم لا ينقسم عليهم لكن عدد الاعمام يوافق عدد النسوة بالنصف
فاضرب نصف احدهما في جميع الاخر يكون اثنا عشر ثم اضرب ذلك في اصل المسلة
يكون ثمانية واربعون ومنها تصح المسلة للنسوة اثنا عشر سهما لكل واحدة
ثلثة اسهم وللاخت اربعة وعشرون سهما وللاعمام اثنا عشر سهما لكل
واحد سهمان وهذه الجملة الذي ذكرها في تصحيح المسايل يشتمل على سبعة
معاني ثلثة منها في السهام والاربعة في اعداد المنكسر عليهم سهامهم
والذي يجب ان يبتدا المراعاة المعاني التي في السهام فاولها ان ينقسم السهام

على كل فريق فلا يحتاج الى ضرب ولا قسمة والثاني ان لا ينقسم السهام على الاعداد
ولا يوافق فيجب ان يضرب الاعداد في اصل المسلة وعولها ان كانت عايلة فما
بلغ صحت منه المسلة والثالث ان لا ينقسم على عدد الروس لكنها توافقه
فيضرب وفق العدد في اصل المسلة وعولها ان كانت عايلة فاذا انظرت في
المعاني التي في السهام على الوجه الذي بينا فيجب ان ننظر بعد ذلك في اعداد الروس
المنكسر عليهم سهامهم فان كان فيها عددان متماثلان اكتفيت باحدهما
ضربته في اصل المسلة وعولها وان كان فيها عددان احدهما جزء من الاخر
اكتفيت بالاكثر منهما ضربته في اصل المسلة وعولها ان كانت عايلة وان كانت منها
عددان يوافق احدهما الاخر ضربت وفق احدهما في جميع الاخر فما اجتمع ضربته
في اصل المسلة وعولها ان كانت عايلة وان كانت الاعداد لا توافق بعضها بعضا
ضربت العدد الاول في الثاني ثم ما اجتمع في الثالث ثم ما اجتمع في اصل المسلة و
عولها فما بلغ صحت منه المسلة وقد مضا امثلة ذلك والله اعلم

فاما حساب مسايل الرد

فان كان جميع من في المسلة يرد عليه صحت مسلتهم واخذت سهامهم من تلك
المسلة وجعلتها اصل مسلتهم وقسمت المال عليها مثاله ام واخت من اب
وام مسلتهم من ستة للام سهمان وللاخت ثلثة اسهم فتعول المال بينهم
على خمسة اسهم للاخت ثلثة اخماسه وللام خمساه وان كان في المسلة من
لا يرد عليه اعطيته سهمه من اقل اصل يمكن وجعلت الباقي بين من يرد
عليه على قدر سهامهم التي كنت تقسم عليها لو كانوا منفردين مثاله

زوجة

زوجة وام وابنة للزوجة الثمن سهم من ثمانية والباقي وهو سبعة اسهم بين البنت
والام على اربعة وهو سهامهما من ستة لو كانا منفردين وسبعة على اربعة لا ينقسم
فيضرب اربعة في اصل المسلة من لا يرد عليه وهو ثمانية يكون اثنين وثلثين منه
تصح المسلة كان للزوجة سهم مضروب لها في اربعة يكون ذلك اربعة وهو
نصيبها والباقي وهو ثمانية وعشرون بين البنت والام على اربعة للام سبعة اسهم
وللبنت احد وعشرون سهما ومثال اربعة نسوة واخت وام واخت من اب
وام وجدة للنسوة الربع سهم من اربعة لا ينقسم عليهن والباقي وهو ثلثة
اسهم بين الاخت والجدة على اربعة اسهم وهي سهامهما من مسلتهما لو كانتا
منفردين وثلثة على اربعة لا ينقسم ولا يوافق لكن سهام مسلتهم وهي
اربعة مساوية لعدد الزوجات فيضرب احدهما في اصل المسلة وهو اربعة
يكون ستة عشر فمنه تصح المسلة للزوجات سهم في اربعة يكون ذلك اربعة
وهو نصيبهن والباقي وهو اثنا عشر بين الجدة والاخت على اربعة للاخت ثلثة
ارباعه تسعة اسهم وللجدة ربعه وهو ثلثة اسهم قال واذا صحت
منه الفريضة تخرج حصة ذلك الوارث مثال هذا اربعة نسوة واخت من اب
وستة اعمام والتركة ستون دينارا فالمسلة تصح من ثمانية واربعين للنسوة
اثنا عشر سهما وللاخت اربعة وعشرون سهما وللاعمام اثنا عشر سهما فان
معرفة نصيب النسوة من التركة ضربت سهامهم وهو اثنا عشر في التركة
وهو ستون يكون سبعماية وعشرين وقسمت ذلك على سهام الفريضة
وهي ثمانية واربعون تخرج خمسة عشر وهي نصيبهن من الدنانير وان اردت

معرفة نصيب الاخت ضربت سهامها وهو اربعة وعشرون في التركة يكون الفد واربع ماية واربعون لم يقسم على سهام الفريضة وهي ثمانية واربعون يخرج ثلثون وهو نصيبها من الدنانير وعلى هذا تخرج نصيب الاعمام قال ؛ واذا لم يقسم التركة حتى مات احد الورثة فان كان ما نصيبه من الميت الاول ينقسم على ورثته فقد صحت المسلتان مما صحت الاولى منه مثال ذلك زوجة واخت من اب وخمسة اعمام فللزوجة الربع وللاخت النصف والباقي للاعمام اصل المسلة من اربعة للزوجة سهم وللاخت سهمان وللاعمام سهم لا ينقسم على عددهم فيضرب عددهم وهو خمسة في اصل المسلة وهو اربعة يكون عشرين ومنه تصح المسلة من اربعة للزوجة خمسة اسهم وللاخت عشرة ولكل عم سهم لم يقسم التركة حتى ماتت الزوجة وتركت خمسة اخوة لاب مسلتها من خمسة وقد ماتت عن خمسة اسهم وذلك ينقسم على ورثتها فقد صحت المسلتان من عشرين قال ؛ فان لم ينقسم نصيب ما الحاب الميت الثاني على ورثته صحت فريضة الميت الثاني كما بينا في باب التصحيح ثم ضربت احدى المسلتين في الاخرى ان لم يكن بين سهام الميت الثاني وما صحت منه فريضته موافقة وهذا الذي ذكره مثاله زوجة واخت لاب وثلثة اعمام اصل المسلة من اربعة وتصح من اثني عشر لم يقسم التركة حتى ماتت الزوجة وتركت خمسة اخوة فمسلتها من خمسة وقد ماتت عن ثلثة اسهم لا ينقسم على خمسة ولا يوافق فيضرب المسلة الثانية وهي خمسة في المسلة الاولى وهي اثنا عشر ويكون ستين ومنه تصح المسلتان كل من له شي من المسلة الاولى مضروب

لها في المسلة الثانية ومن له شي في المسلة الثانية مضروب له فيما مات عنه ميته كان للاخت الميت الاول من المسلة الاولى ستة اسهم مضروب لها في المسلة الثانية وهي خمسة يكون ثلثين وهو نصيبها وكان لاعمام الميت الاول من المسلة الاولى ثلثة اسهم مضروبة له في المسلة الثانية يكون خمسة عشر وهو نصيبهم ولكل واحد من اخوة الميت الثاني من المسلة الثانية سهم مضروب له فيما مات عنه ميته وهو ثلثة اسهم تكون ثلثة وهو نصيبه قال ؛ وان كانت سهام الميت الثاني موافقة لمسلته فاضرب وافق المسلة الثانية في المسلة الاولى فما اجتمعت صحت منه المسلتان وكل من له شي من المسلة الاولى مضروب في المسلة الثانية وكل من له شي في المسلة الثانية مضروب له في وفق ما مات عنه ميته مثال ذلك زوجة واخت لاب وخمسة اعمام اصل المسلة من اربعة تصح من عشرين لم يقسم التركة حتى ماتت الاخت وتركت زوجا واما وبنتا وعما فمسلتها من اثني عشر وقد ماتت عن عشرة اسهم وذلك لا ينقسم على مسلتها لكن يوافقها بالانصاف فتضرب نصف المسلة الثانية وهي ستة في جميع المسلة الاولى وهي عشرون يكون ماية وعشرين ومنه تصح المسلتان كان لزوجة الميت الاول من المسلة الاولى خمسة اسهم مضروب لها في وفق الثانية وهي ستة يكون ثلثين وهو نصيبها وكان للاعمام الميت الاول من المسلة الاولى خمسة اسهم مضروبة في ستة يكون ثلثين لكل واحد ستة وللزوج الميت الثاني من المسلة الثانية ثلثة اسهم مضروبة له في وفق ما مات عنه ميته وهو خمسة يكون خمسة عشر وهو نصيبه

ولابنة الميت الثاني من المسلة الثانية ستة اسهم مضروبة لها في خمسة يكون ثلثين وهو نصيبها ولعم الميت الثاني من المسلة الثانية ثلثة اسهم مضروبة له في خمسة يكون خمسة عشر وهو نصيبه قال ؛ فان مات ثالث قبل قسمة التركة عملت على ما ذكرنا في الميت الاول والثاني وجعلت ذلك بمنزلة مسلة واحدة ثم عملت مسلة الميت الثالث مثل ما كنت تفعله في المسلة الثانية وعلى هذا القياس اذا مات رابع او خامس قال ؛ واذا صحت مسلة المناسخة واردت معرفة ما يصيب كل واحد من حساب الدراهم قسمت ما صحت منه المسلة على ثمانية واربعين فما خرج اخذت له من سهام كل وارث حبة مثال هذه المسلة المتقدمة تصح من ماية وعشرين فاذا قسمناه على ثمانية واربعين خرج من القسمة اثنان ونصف وهو حبة فاذا اردت معرفة نصيب زوجة الميت الاول وهو ثلثون اخذت لكل اثنين ونصف حبة يكون لها اثنا عشر حبة وقدرها من الدراهم دانق ونصف وللاعمام مثل ذلك وللزوج ميت الثاني خمسة عشر وقدره ست حبات وهو ثمن درهم وللزوج ميت الثاني خمسة عشر وقدره ست حبات وهو ثمن درهم وكذلك لعم الميت الثاني ولابنه ثلثون سهما وقدرها دانق ونصف وعلى هذا القياس تعمل جميع ما اتاك من المسايل ان شاء الله ، وقد بينا على ما ضمنا ابداعه في هذا الكتاب والرغبة الى الله تعالى في ان ينفع الناظر فيه به وهو عز اسمه بمنه وكرمه سميع ومجيب بجوده في اكثر نسخ الاصل خللا في بعض المسايل وهو خطا من الناسخ وقد اصلحت جميع ذلك على

ما يقتضيه مذاهب اصحابنا رحمه الله عليهم اجمعين ،،،،

تمت الكتاب بحمد الله ومنه والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد النبي واله الطيبين الطاهرين

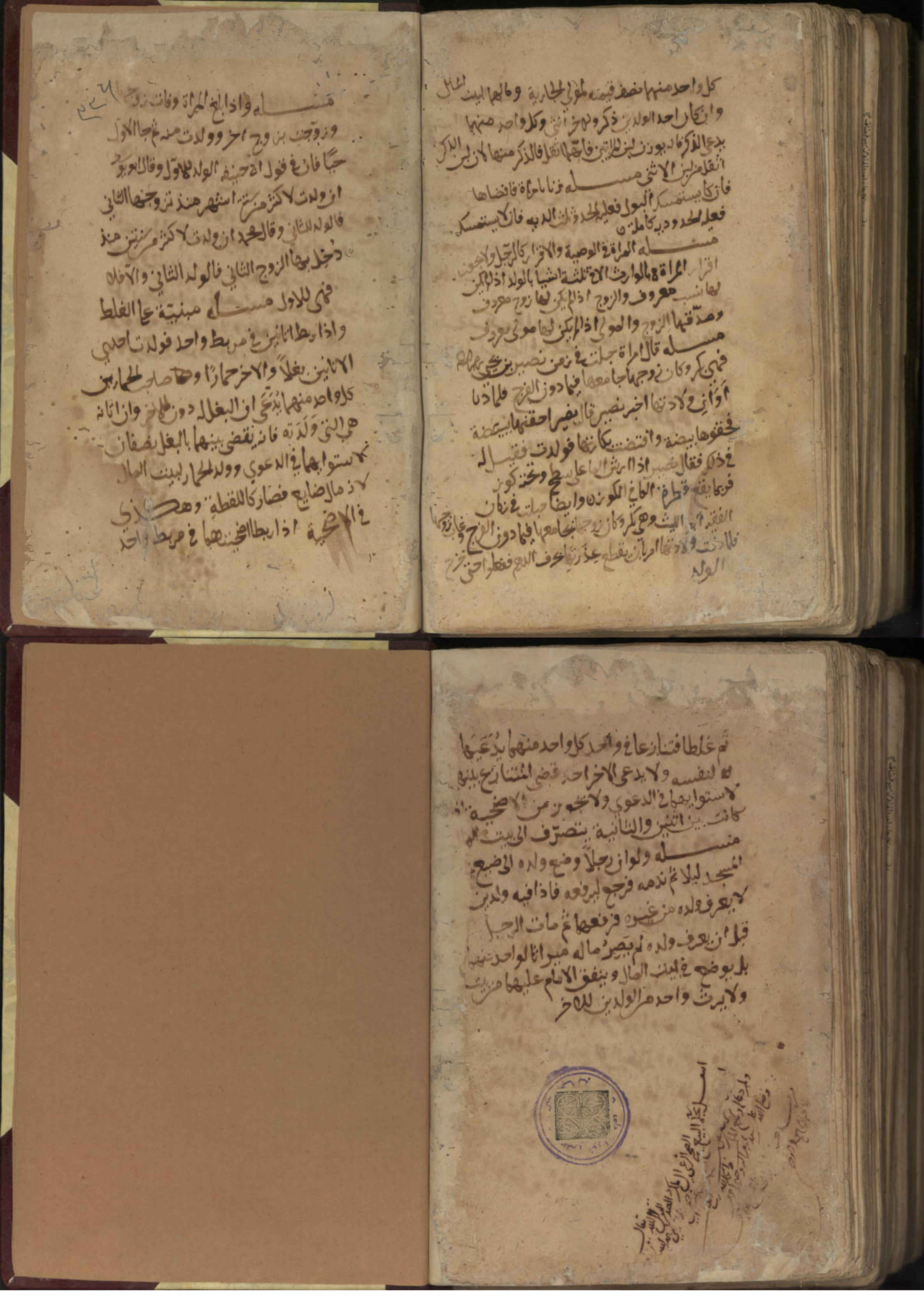


وقع الفراغ منه يوم الاثنين سابع من شهر جمادى الاولى اخر من سنة ثلثة عشر وسبعماية من هجرة نبينا محمد عليه افضل الصلاة ، وهو على مذهب الامام امام الايمة سراج الامة ابا حنيفة نعمان بن ثابت رضي الله عنه وعن والديه وعن جميع الصحابة

وكتب لنفسه ذكر بن كامل بن يوسف سلار كريم بن كحسن بن فتح احسن الله عليهم من اهل دار بكر من اعمال ماردين عمره الله تعالى ما دامت السموات والارض

مسله ولو ان امراة لها ولد رضيع فاخذت ولدا اخر للارضاع فماتت المراة ولم يعلم احد منهما ولد المراة لم يرث واحد منهما من المراة ن

مسله ولو ان حرة وامة ولدت كل واحد منهما في بيت مظلم ولم يعرف كل واحد منهما ولدها فماتتان لم يرثان الولدان منهما وسعي الولدان جميعا


كل واحد منهما نصف قيمته لمولى الجارية ومالهما لبيت المال
وان كان احد الولدين ذكرا والاخر انثى وكل واحد منهما
يدعي الذكر فانه يوزن لبن الثديين فايهما اثقل فالذكر منها لان لبن الذكر
اثقل من لبن الانثى مسئله زنا بامراة فافضاها
فان كان يستمسك البول فعليه الحد وثلث الدية فان لم يستمسك
فعليه الحد والدية كاملة
مسئله المرأة الوصية والاقرار لرجل واجنبي
اقرار المرأة بالوارث الا ثلثة اشيا بالولد اذا لم يكن
لها نسب معروف والزوج اذا لم يكن لها زوج معروف
وصدقها الزوج والمولى اذا لم يكن لها مولى معروف
مسئله قال امراة حبلت في زمن نصير بن يحيى [illegible]
فهي بكر وكان زوجها جامعها فيما دون الفرج [illegible]
اوان ولادتها اخبر نصير قال نصير احقنها [illegible] فلما دنا
فحقنوها ببيضة وانفتحت بكارتها فولدت فقيل له
في ذلك فقال نصير اذا [illegible] على سطح وتحته كوز
فيه ماء يقع قطرة الماء في الكوز [illegible] حبلت في زمان
الفقيه ابي الليث وهي بكر وكان زوجها جامعها فيما دون الفرج [illegible]
فلما دنت ولادتها امر ان يقطع عذرتها [illegible] فقطعوا حتى خرج
الولد

مسئله واذا بلغ المراة وفاة زوجها
وتزوجت بزوج اخر وولدت منه ثم جا الاول
حيا فان في قول ابي حنيفة الولد للاول وقال ابو يوسف
ان ولدت لاكثر من سنتين منذ تزوجها الثاني
فالولد للثاني وقال محمد ان ولدت لاكثر من ستة اشهر منذ
دخل بها الزوج الثاني فالولد للثاني والا
فهي للاول مسئله مبنية على الغلط
واذا ربطا اثنين في مربط واحد فولدت احدى
الاثنين بغلا والاخر حمارا وكل صاحب الحمارين
كل واحد منهما يدعي ان البغل دون الحمار وان اتانه
هي التي ولدته فانه يقضي بينهما بالبغل نصفان
لاستوايهما في الدعوى وولد الحمار لبيت المال
لانه مال ضايع فصار كاللقطة وهكذا
في الاضحية اذا ربطا الضحيتين في مربط واحد

ثم غلطا فصار عاقل وكل واحد منهما يدعيها
لنفسه ولا يدعي الاخر احد فقضى المتنازع بينهما
لاستوايهما في الدعوى ولا تجزي من الاضحية
كانت بين اثنين والثانية ينصرف الى بيت المال
مسئله ولو ان رجلا وضع ولده الى ضيع
المسجد ليلا ثم ذهب فرجع ليرفعه فاذا فيه ولدين
لا يعرف ولده من غيره فرفعهما ثم مات الرجل
قبل ان يعرف ولده ثم يصير ماله ميراثا للواحد منهما
بل يوضع في بيت المال وينفق الامام عليهما من بيت
ولا يرث واحد من الولدين للاخر



